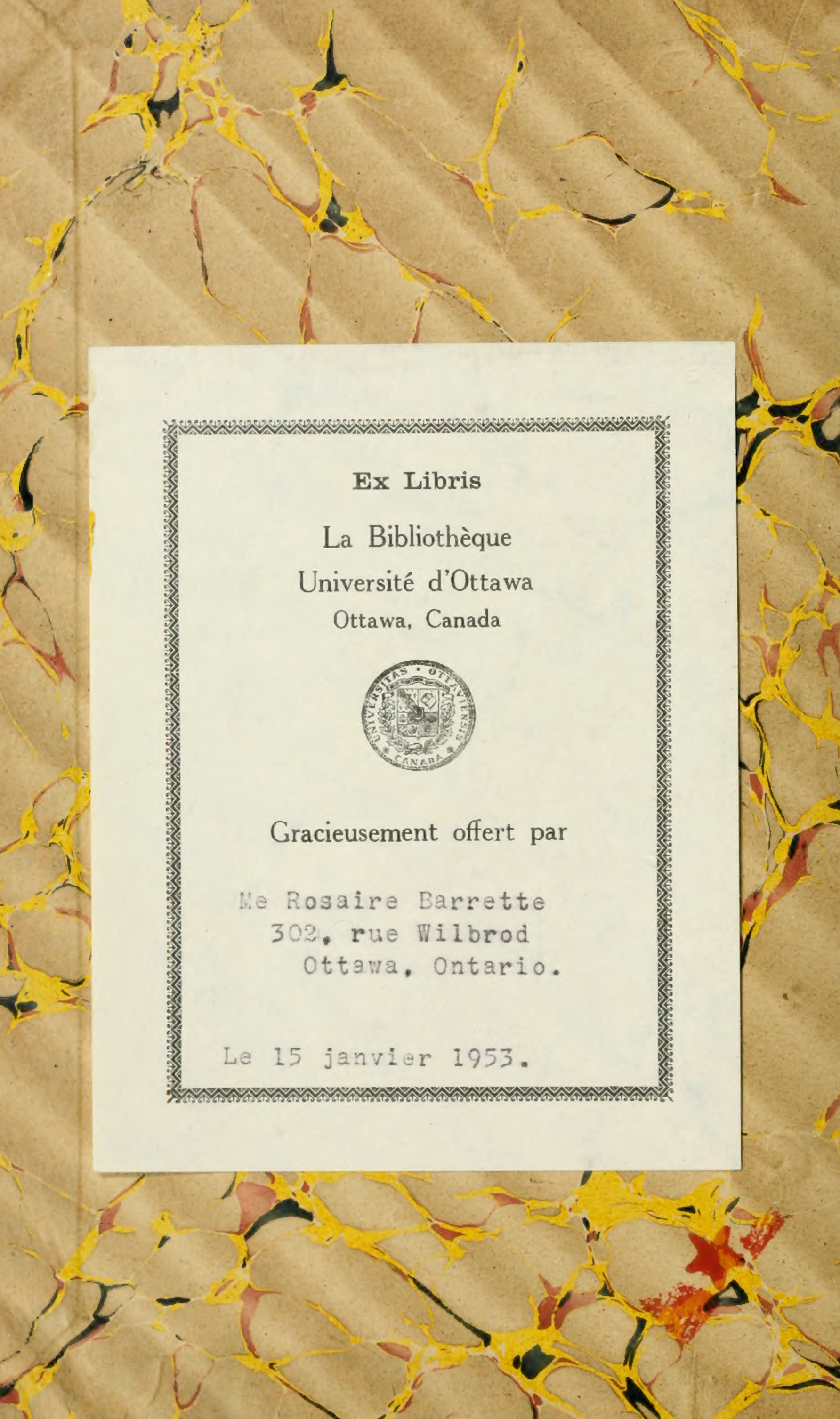








COURS

DE

CODE NAPOLÉON

XXX

VII. — PARIS, TYPOGRAPHIE LAHURE
Rue de Fleurus, 9

TRAITÉ

DES CONTRATS

OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

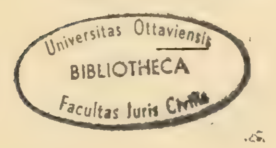
EN GÉNÉRAL

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR D'APPEL DE CAEN
COMMANDEUR DE LA LÉGION D'HONNEUR

TOME SEPTIÈME



PARIS

IMPRIMERIE GÉNÉRALE

RUE DE FLEURUS, 9

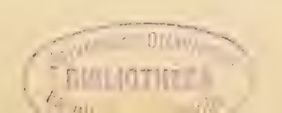
DURAND & PEDONE LAURIEL
LIBRAIRES
RUE CUJAS, 9 (ANC. RUE DES GRÈS)

HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 79

COSSE, MARCHAL ET BILLARD
PLACE DAUPHINE, 27

A. MARESCQ AINÉ
RUE SOUFFLOT, 17

1878



OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais : J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819; de Toullier, à l'édition de 1830, et aux notes de Duvergier sur l'édition de 1846; de Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume.

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon, qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE TROISIÈME.

DES

CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE VI.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAYEMENT.

SECTION II.

DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

EXPOSITION. — DIVISION.

SOMMAIRE.

1. — Définition.
2. — Exposition historique.
3. — *a.* — De la preuve testimoniale en Droit romain.
4. — *b.* — De la preuve testimoniale dans notre ancien Droit français
5. — Suite.

1. — La preuve testimoniale est celle qui résulte des dépositions de personnes régulièrement appelées en justice pour déclarer ce qui est à leur connaissance sur le fait contesté, comme l'ayant vu ou entendu.

On la nomme aussi vocale ou orale, parce que les dépositions des témoins sont faites de vive voix.

Et on nomme *Enquête*, la procédure dans laquelle les dépositions sont reçues. (Comp. *Code de Procédure*, articles 252 et suiv.)

2. — Deux points principaux étaient à résoudre par le législateur sur cette matière :

I. La preuve testimoniale doit-elle être admise dans tous les cas, à défaut de la preuve littérale, pour y suppléer ?

II. — Doit-elle être admise contre la preuve littérale, pour la contredire ?

3. — *A.* — En Droit romain, le premier point était nettement résolu; il est certain que, à défaut de la preuve littérale, la preuve testimoniale était toujours admise sans distinction ni restriction. «.... *non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis litibus....* » (L. I, ff. *de Testibus ;* L. 5, ff. *de Fide instrument.*)

Mais était-elle admise aussi contre la preuve littérale, pour la combattre : «.... *in conflictu instrumentorum et testium.* »

Ce second point est, au contraire, fort douteux. (Comp. Derome, *De l'autorité relative de la preuve littérale et de la preuve testimoniale en Droit romain*, Revue de Législation, 1849, t. I, p. 291 et suiv.)

Toullier (t. V, n° 3) a déduit une solution affirmative de la Novelle de Justinien, 73, chapitre III.

Tel est aussi le sentiment de M. Larombière (t. V, art. 1341, n° 2).

Il est vrai que cette Novelle établit la prééminence de la preuve testimoniale sur la preuve littérale.

Mais dans quel cas et à quelle fin?

C'est lorsqu'il s'agit d'apprécier la sincérité d'une preuve littérale; ce que dit, en effet, seulement l'Empereur, c'est que, pour *vérifier une écriture*, les témoins valent mieux que les écrits produits comme pièces de comparaison.... *collatio litterarum.*

Il ne s'agit donc point de faire prévaloir l'autorité de la preuve testimoniale sur l'autorité de la preuve littérale.

Une solution opposée résulte, au contraire, d'un fragment de Paul :

« *Testes, quum de fide instrumentorum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt.* » (*Sententiæ*, lib. V, tit. xv, § 4.)

Et la loi I au Code, *de Testibus*, ne paraît pas moins formelle :

« *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur.* »

Mais ce fragment de Paul, qui n'est confirmé par aucun texte ancien, n'a-t-il point subi quelque altération?

Et l'authenticité de la loi I au Code, *de Testibus*, est-elle certaine? Cujas, en la restituant, d'après les Basiliques, a-t-il eu raison de l'attribuer à Caracalla?

Ces objections ont été, en effet, soulevées.

Notre dessein ne saurait être d'en examiner ici le mérite.

Bornons-nous à répondre que le texte de Paul et la Constitution I au Code, *de Testibus*, ayant été, vers le sixième siècle, compris dans les compilations, qui furent alors publiées, représentaient, du moins à cette époque, le dernier état de la législation romaine.

D'où il résulte que, dès cette époque en effet, la preuve

testimoniale n'était pas admissible pour combattre la preuve littérale. (Comp. Loysel, *Inst. cout.*, règle 774, et la *Note* d'Eusèbe de Laurière ; Bonnier, n° 138.)

4. — *B.* — Dans notre ancien Droit français, il faut distinguer deux époques :

Dans la première, qui comprend toute la période antérieure au seizième siècle, le premier point était aussi nettement résolu ; la preuve testimoniale était admise, à défaut de la preuve littérale, sans distinction ni restriction.

Quant au second point, il paraît avoir été de même généralement résolu en ce sens que la preuve testimoniale était admise contre la preuve littérale et pouvait l'emporter sur elle.

Bouteillier est, à cet égard, très-explicite :

« S'il advient, disait-il, que, en jugement, une partie se veuille aider de lettres en preuve, et l'autre partie se veuille aider de témoings singuliers, sachez que la vive voix passe vigueur de lettres, si les témoings sont contraires aux lettres. Et se doit le juge plus arrester à la déposition des témoings, qui, de saine mémoire, déposent et rendent sentence de leur déposition, qu'à la teneur des lettres, qui ne rendent cause. » (*Somme rurale*, tit. 106.)

De là cette règle coutumière de Loysel :

« *Témoins passent lettres.* » (Liv. V, tit. v, règle v, n° 774.)

Et toutefois, cette règle n'était point observée d'une manière absolue.

C'est ainsi que, au treizième siècle, Beaumanoir écrivait que « Quant aucuns s'est obligiés par lettres, et cil qui s'obliga, nie l'obligation, il ne le convint prover, fors par lettres. » (Chap. xxxix, § 3.)

Et Bouteillier lui-même, au quinzième siècle, ajoutait que, en matière de rentes annuelles, sorte de créances, dès ce temps déjà, fort importantes :

« Lettres sont plus à croire que vive voix de témoins, si on ne propose fausseté contre lesdites lettres. » (*Loc. sup. cit.*)

3. — Toute incertitude d'ailleurs disparaît dans la seconde époque de notre ancien Droit français.

Et, à partir du seizième siècle, il devient certain :

1° Que la preuve testimoniale n'est pas admise, à défaut de la preuve littérale, d'une manière illimitée et absolue;

2° Qu'elle n'est plus admise contre la preuve littérale.

Telle fut l'œuvre de deux Ordonnances célèbres dans l'histoire de notre Droit privé : la première, de 1566 ; la seconde, de 1667.

Il ne sera pas sans intérêt de reproduire les dispositions principales de ces Ordonnances, d'où procèdent les dispositions nouvelles de notre Code.

L'article 54 de l'Ordonnance de 1566, dite de Moulins, était ainsi conçu :

« Pour obvier à la multiplication de faits, que l'on a vu ci-devant estre mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès, avons ordonné et ordonnons que doresnavant de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, seront passés contrats pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue toute preuve es-dites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins contre le contenu au contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir esté dit ou convenu avant icelui, lors et depuis. En quoi n'entendons exclure les preuves des conventions particulières et autres, qui seroient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. »

Les mêmes dispositions furent reproduites et complétées par l'article 2 du titre xx de l'Ordonnance de 1667, en ces termes :

« Seront passés actes, par-devant notaires ou sous

signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôts volontaires; et ne sera reçue aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutefois rien innover, pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands. »

6. — *c.* — Nous allons voir que telles sont aussi les dispositions de notre Droit nouveau, et que les rédacteurs du Code Napoléon ont reproduit la théorie fondamentale des anciennes Ordonnances sur la preuve par témoins.

7. — Après cette exposition historique, il n'importe pas moins d'exposer, au point de vue théorique, les considérations qui ont déterminé les législateurs anciens et modernes à restreindre limitativement les cas dans lesquels la preuve testimoniale pourrait être admise.

Deux motifs, de l'ordre le plus élevé, dans l'intérêt privé des citoyens, aussi bien que dans l'intérêt public de la bonne administration de la justice, expliquent et justifient ces restrictions.

Il était indispensable, en effet, de prévenir le plus possible :

D'une part, la multiplicité des contestations, dont l'admissibilité absolue de cette espèce de preuve aurait été la source, et ces procédures, les plus longues entre toutes, et les plus dispendieuses, auxquelles donnent lieu les enquêtes et les contre-enquêtes ;

Et d'autre part, les incertitudes et les dangers, qui résultent soit des erreurs même involontaires des témoins, soit de leurs complaisances et de leur partialité, tristes fruits souvent de la subornation !

« *Fol est qui se met en enqueste*, » disaient nos anciens.

Et Loysel, qui en a fait une de ses règles, ajoutait :

« *Qui mieux abreuve, mieux preuve.* » (Livre V, tit. v, règle I; comp. l'article 283 du Code de Procédure.)

8. — Il ne conviendrait pas pourtant de discréditer absolument la preuve testimoniale, ainsi qu'on l'a fait parfois dans l'ancien droit et dans le droit nouveau.

Elle est, en effet, une preuve légale, une preuve même souvent nécessaire, non-seulement comme à Rome, pouvons-nous dire, dans les causes criminelles, mais aussi dans les causes civiles ! (*Supra*, n° 3.)

Ce n'est donc pas une exclusion systématique, que le législateur prononce indistinctement contre elle.

C'est un choix qu'il fait, et une préférence seulement, qu'il accorde à la preuve littérale sur la preuve testimoniale, lorsque l'une et l'autre sont possibles.

Aussi, faut-il reconnaître que la prohibition de la preuve testimoniale, dans les cas où la loi la prononce, n'est pas principalement fondée sur la crainte de la subornation des témoins.

Ce motif y a certainement sa part!

Mais le premier et principal motif, sur lequel la prohibition est fondée, c'est la faute que les parties ont commise, lorsque, pouvant se procurer une preuve littérale, elles ont négligé de le faire.

S'il arrive, en effet, qu'une partie n'ait pas pu se procurer une preuve littérale ou qu'elle se trouve privée, sans son fait, de la preuve littérale, qu'elle s'était procurée, le législateur admet la preuve testimoniale.

Cette théorie de notre Code, qui paraît d'ailleurs avoir toujours, à travers les siècles, gouverné la preuve par témoins, explique naturellement ses vicissitudes, et comment son autorité, qui régnait d'abord sans partage, devait successivement décroître avec les progrès de la civilisation, à mesure que l'art d'écrire étant plus répandu, l'usage en devenait plus facile et plus familier.

D'où il est finalement advenu que, dès longtemps déjà, on disait :

« *Lettres passent témoins* » (Comp. Portalis, *Revue de Législation*, 1840, t. II, p. 197.)

9. — L'article 1341 est ainsi conçu :

« Il doit être passé acte devant notaires ou sous signa-
« ture privée, de toutes choses excédant la somme ou
« valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts
« volontaires ; et il n'est reçu aucune preuve par témoins
« contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui
« serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les ac-
« tes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur
« moindre de cent cinquante francs.

« Le tout, sans préjudice de ce qui est prescrit dans
« les lois relatives au commerce. »

Voilà la disposition fondamentale de notre matière, qui se compose de deux règles principales, avec un certain nombre d'exceptions.

Telle sera notre division.

Nous aurons donc à examiner successivement :

I. — La règle, qui exige qu'il soit passé acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs ;

II. — La règle, qui prohibe la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes ;

III. — Les exceptions, que ces deux règles comportent.

I

Il doit être passé acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs.

SOMMAIRE.

10. — Explication de cette première règle.
11. — Suite.
12. — Il ne résulte pas de l'article 1341 que l'écriture soit requise comme le seul mode de prouver toutes choses, qui excèdent la valeur de cent cinquante francs.
13. — Quel est le sens de ces mots : *toutes choses*, dans l'article 1341 ? Il faut distinguer trois sortes de *choses* ou de faits.
14. — *a.* — Des faits juridiques.
15. — *b.* — Des faits matériels.
16. — Suite.

17. — *c.* — Des faits mixtes, qui sont tout à la fois juridiques et matériels.
18. — Suite.
19. — Suite.
20. — Suite.
21. — L'article 1341 dispose que cette première règle est applicable *même aux dépôts volontaires*. — Explication.
22. — Cette règle est également applicable au prêt à usage.
23. — Il est certains contrats, dont la preuve testimoniale n'est pas admise, quoique la chose, qui en fait l'objet, soit d'une valeur au-dessous de cent cinquante francs. Exemples.
24. — En est-il ainsi de la convention de partage? — Renvoi.
25. — *Quid*, de la cession d'un office ministériel?
26. — Certains contrats commerciaux ne peuvent pas non plus être prouvés par témoins, lors même que la chose, qui en est l'objet, serait d'une valeur au-dessous de cent cinquante francs. — Renvoi.
27. — Résumé et explication philosophique de notre première règle.
28. — De quelle manière devra être évaluée la chose, qui fait l'objet de la convention, lorsqu'elle ne consiste pas dans une somme d'argent?
29. — L'évaluation, qui serait faite par le demandeur lui-même dans ses conclusions, ne saurait être admise comme une règle.
30. — Suite.
31. — Observation sur le chiffre de cent cinquante francs adopté par le législateur de 1804 comme la limite au delà de laquelle il doit être passé un acte écrit.
32. — A quelle époque faut-il s'attacher, dans les obligations conventionnelles, pour déterminer la limite de l'intérêt pécuniaire au delà de laquelle la preuve testimoniale n'est pas admise?
33. — Suite.
34. — Suite. Application de cette thèse au contrat de société.
35. — Suite.
36. — Après avoir posé cette première règle dans l'article 1341, le législateur a édicté plusieurs dispositions, afin de déjouer les combinaisons, au moyen desquelles on pourrait entreprendre de l'éluder. Tel est le but des articles 1342 à 1346.
37. — *a.* — Aux termes de l'article 1342, la règle, qui vient d'être posée, s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts, qui, réunis au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs. — Explication.
38. — Suite.
39. — Suite.
40. — La disposition de l'article 1342 doit-elle être appliquée au cas, où l'action contient, outre la demande du capital, et, plus généralement de la prestation principale, une demande en dommages-intérêts pour simple retard dans l'exécution, qui, réunis au principal, excèdent la somme de cent cinquante francs?
41. — Suite.
42. — *b.* — Aux termes de l'article 1343, celui qui a formé une demande excédant cent cinquante francs, ne peut plus être admis à la preuve

testimoniale même en restreignant sa demande primitive. — Explication.

43. — Suite.

44. — Suite.

45. — Suite.

46. — *c.* — Aux termes de l'article 1344, la preuve testimoniale sur la demande d'une somme même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise, lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte, qui n'est point prouvée par écrit. — Explication.

47. — Suite.

48. — Suite.

49. — La déclaration que la somme demandée est le restant ou fait partie d'une créance plus forte, peut émaner soit du demandeur, soit des témoins, soit du défendeur.

50. — Suite.

51. — Suite.

52. — Suite.

53. — Suite.

54. — Suite.

55. — Suite.

56. — Suite.

57. — Suite.

58. — Suite.

59. — *d.* — Aux termes de l'article 1345, si, dans la même instance, une partie forme plusieurs demandes, dont il n'y ait point de titre par écrit, et que jointes ensemble, elles excèdent la somme de cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes et qu'elles se soient formées en différents temps; si ce n'était que ces droits procédassent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes. — Explication.

60. — Suite.

61. — Suite.

62. — Suite.

63. — Suite.

64. — Suite.

65. — Suite.

66. — Faut-il distinguer si celles des dettes, dont la preuve testimoniale est exceptionnellement admissible, sont postérieures ou antérieures à celles auxquelles ces exceptions ne sont pas applicables?

67. — Suite.

68. — Suite.

69. — La prohibition de la preuve testimoniale, dans le cas prévu par l'article 1345, s'applique-t-elle seulement à l'ensemble des demandes réunies? Ou s'applique-t-elle, au contraire, également à chacune d'elles en particulier?

70. — *e.* Aux termes de l'article 1346, toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit, après lequel les autres deman-

10. — Nous exprimons cette première règle dans les termes mêmes de l'article 1341, qui porte :

« Qu'il doit être passé acte devant notaires ou sous « signature privée, de toutes choses excédant la somme « ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts « volontaires. » (Comp. art. 1834, 1923.)

Telle est la formule de la loi ; elle est notable! c'est une injonction, un commandement, qui ordonne l'emploi de la preuve littérale pour toutes choses excédant la valeur de 150 francs.

Quelle en est la sanction? Quelle doit être la conséquence de l'infraction qui y serait commise?

Notre texte ne le dit pas.

Mais il est évident que la conséquence en sera, que, à défaut de la preuve littérale, que les parties sont en faute de ne s'être pas procurée, la preuve testimoniale ne devra pas être admise.

Voilà, en effet, la sanction, que prononçait explicitement l'article 54 de l'Ordonnance de 1566, *pour obvier*, disait-elle, *à la multiplication des faits, que l'on a vu ci-devant être mis en jugement, sujets à preuve, de témoins et reproches d'iceux....*

Et c'est là aussi la sanction, que l'article 1341 prononce implicitement.

Il ne s'agit pas, en effet, à la place où nous sommes, de la preuve littérale ; il s'agit de la preuve testimoniale ; c'est de celle-ci que le législateur trace maintenant les règles. Lors donc qu'il ordonne l'emploi de la preuve littérale à compter d'une certaine valeur, son but est précisément de défendre, au-dessus de cette valeur, l'emploi de la preuve testimoniale.

Pothier le faisait bien entendre, quand il posait notre première règle en ces termes :

« Celui qui a pu se procurer une preuve par écrit, n'est pas admis à la preuve testimoniale pour les choses qui excèdent 100 livres. » (Intitulé de l'art. 11 du ch. II, n° 786.)

C'est aussi d'ailleurs ce que le rédacteur de notre Code déclare lui-même expressément, dans les articles 1343 et suivants, qui disposent que celui qui ne s'est pas procuré une preuve par écrit, dans les termes de l'article 1341, *ne sera pas admis à la preuve testimoniale.* (Comp. les articles 1834 et 1923 précités.)

11. — Cette première disposition de l'article 1341, qui ordonne la preuve littérale, a donc seulement pour but de prohiber la preuve testimoniale.

Et il est fort à propos de remarquer la manière dont elle la prohibe.

La prohibition n'est pas directe ni principale.

Elle n'est, avons-nous dit, que la sanction de la disposition principale, celle-ci ! par laquelle la loi ordonne la preuve littérale.

De sorte que cette prohibition de la preuve testimoniale n'existe pas, en effet, *per se,* directement ni absolument.

Elle n'existe que comme une conséquence de la règle, qui ordonne l'emploi de la preuve littérale.

Dans tous les cas donc où cette règle elle-même n'existera pas, il n'y aura pas lieu, bien entendu, d'en admettre la sanction ; ce serait un effet sans cause !

Tel est le système de notre Code.

Nous ne tarderons de reconnaître que lorsqu'une fois le principe est bien posé, les conséquences en dérivent d'elles-même très-logiquement.

12. — Et tout d'abord, en voici une, que nous voulons de suite écarter, tant elle est évidente !

C'est qu'il ne résulte pas de l'article 1341 que l'écriture soit requise comme le seul mode de prouver toutes choses, qui excèdent la valeur de cent cinquante francs.

L'article 1341 n'a pas, en effet, pour but d'ordonner la preuve littérale.

Son seul but est de prohiber la preuve testimoniale.

Donc, en dehors de la preuve testimoniale, les autres modes de preuve sont admissibles, et notamment l'aveu et le serment.

Nous avons déjà constaté que l'écriture n'est pas, en général, requise comme une condition de la validité des actes juridiques, si ce n'est dans certains cas d'exception, pour des actes que l'on appelle solennels, en raison même de cette exception (comp. le tome I de ce *Traité*, nos 33 et 54).

13. — Ces mots : *toutes choses*, par lesquels l'article 1341 exprime notre règle, sont aussi généraux que possible.

Nous ne saurions mieux faire que de reproduire l'explication, qui en était donnée par Pothier, sous l'Ordonnance de 1667 :

« On ne doit pas douter, disait-il, que sa disposition ne renferme non-seulement les conventions, mais généralement toutes les choses, *dont celui qui demande à faire preuve, a pu se procurer une preuve par écrit.* » (N° 786.)

Tel est, en effet, le principe dominant de cette matière.

Avez-vous pu, et par suite, avez-vous dû vous procurer une preuve par écrit *de la chose* dont il s'agit, et qui excède la valeur de 150 francs ?

Vous ne serez pas admis à en faire la preuve par témoins.

Afin de préciser l'application de ce principe, il faut distinguer trois sortes de *choses* ou de faits :

a. — Les uns, juridiques ;

b. — Les autres, matériels ;

c. — Ceux-ci, tout à la fois juridiques et matériels.

14. — *a.* — Nous appelons faits juridiques ceux dont le résultat direct et nécessaire est de former ou d'éteindre, de modifier, de confirmer, de reconnaître, ou de transférer un droit ou une obligation.

Il est évident que c'est à ces faits surtout, que notre règle est applicable :

1° Parce que généralement on a pu et on a dû s'en procurer une preuve par écrit ;

2° Parce que l'intérêt des parties l'exige ainsi, d'accord avec la prescription de la loi ; car ces sortes de faits, par leur caractère même, peuvent mettre les parties dans la nécessité d'en fournir la preuve judiciaire, en cas de contestation, soit entre elles, soit à l'égard des tiers.

Aussi, la règle est-elle généralement applicable sans distinction, à tous les faits juridiques, tels que nous venons de les définir.

Il paraît néanmoins que, sous l'Ordonnance de Moulins de 1566, on avait prétendu que la prohibition de la preuve testimoniale ne s'appliquait qu'à la formation des conventions, et qu'elle ne pouvait pas être étendue à leurs modes d'extinction.

C'est cette Ordonnance elle-même, pourtant, qui, la première, avait employé les mots, qui se trouvent dans notre article 1341 : « *toutes choses....* »

Il est vrai !

Mais elle avait ajouté ces autres mots :... *seront passés contrats....* (*Supra*, n° 5.)

D'où les commentateurs avaient cru devoir conclure qu'elle ne visait, en effet, que la formation des contrats. (Comp. Boiceau et Danty, ch. XI.)

Et ce fut afin de lever ces scrupules, peut-être excessifs, que l'Ordonnance de 1667 substitua aux mots : *seront passés contrats*, ceux-ci : *seront passés actes*.

On ne douta plus dès lors, même dès ce temps, que la prohibition de la preuve testimoniale s'appliquait à tous les faits juridiques.

A plus forte raison, n'y a-t-il pas lieu d'en douter aujourd'hui.

Il est vrai aussi que l'article 230 du projet de Code civil (correspondant à notre article 1341), était d'abord lui-même ainsi conçu :

« Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée *de toutes conventions* sur choses excédant la somme ou valeur de 150 francs.... » (Locré, Législat. civ., t. XII, p. 127.)

Mais précisément cette rédaction a été supprimée.

Et le nouveau législateur, en empruntant l'ancienne rédaction de l'Ordonnance de 1667, a certainement voulu y comprendre aussi tous les faits juridiques, dont il peut être passé acte : ... *id quod autem est.* (Comp. Cass., 5 fév. 1812, Sirey, 1812, I, 288; Turin, 8 juin 1812, Sirey, 1814, II, 198; Toulouse, 6 fév. 1835, Barrau, Dev., 1836, II, 46; Toullier, t. V, n° 23; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 425-426.)

15. — *b*. — Les motifs, par lesquels nous venons d'expliquer pourquoi la prohibition de la preuve testimoniale, au-dessus d'une valeur de 150 francs, s'applique aux faits juridiques, expliquent aussi pourquoi, en sens inverse, elle ne s'applique pas aux faits matériels.

Nous appelons ainsi les faits purs et simples, qui, par eux-mêmes, par leur nature, ne produisent que des résultats matériels, sans aucun mélange de rapport juri-

dique, et qui n'ont pas trait directement et nécessairement à un droit ou à une obligation.

Tels sont :

1° Les accidents de la nature, la foudre, la neige, les éboulements, qui endommagent ou qui détruisent les biens ;

2° Les faits de l'homme, qui s'exercent isolément sur les biens : faits de possession, de culture, d'ensemencement, de défrichement, de récoltes, de construction, etc.

Je possédais un fonds, qui appartenait à Paul.

J'ai labouré, semé, planté, récolté sur ce fonds ; j'y ai édifié des bâtiments.

Mais voici que Paul revendique son fonds contre moi ; et je suis évincé.

Il y aura lieu, de part et d'autre, à des indemnités.

Lorsque je demanderai la restitution du prix de mes labours, de mes semences ou de mes constructions, en offrant la preuve testimoniale de ces faits, est-ce que Paul pourra m'opposer l'article 1341, si le montant de ma demande excède 150 francs ?

Évidemment non !

Pas plus que je ne pourrai moi-même lui opposer cet article, s'il réclame, contre moi, une indemnité supérieure à ce chiffre.

Pourquoi ?

Eh ! précisément parce que nous n'avons pas pu, et que, en conséquence, nous n'avons pas dû, ni l'un ni l'autre, nous procurer une preuve écrite des rapports juridiques, que ces faits, purement matériels, pouvaient accidentellement produire entre nous. Ces rapports juridiques, les faits tout matériels, à leur origine et par leur nature, n'étaient pas destinés à les produire ; et le plus souvent, en effet, par eux-mêmes, ils ne les produisent pas.

Donc, il n'y avait pas lieu, de ma part, de me procurer

une preuve écrite d'un rapport juridique, dont peut-être je ne soupçonnais pas même l'existence, et à la preuve duquel je ne pouvais pas, dès lors, me préparer.

C'est ce que M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, expliquait très-bien en ces termes :

« Quant aux faits, il fallait bien, le plus souvent, se confier à la preuve testimoniale. Les actions purement physiques, presque toujours instantanées, presque toujours l'ouvrage d'un seul, ne peuvent être constatées par des écrits. » (Locré, *Législ. civ.*, t. XII, p. 526.)

La preuve testimoniale des faits matériels sera donc toujours admissible, quelle que soit la valeur de l'objet de la contestation, dans laquelle il s'agit d'en établir l'existence.

Telle est la règle.

Les applications en sont nombreuses et importantes.

Nous avons donné pour exemple le fait de la possession, parce que cet exemple est l'un des plus saillants, et celui des faits, qui, purement matériels par sa nature, peut entraîner ensuite accidentellement des effets juridiques considérables : acquisition des fruits, récompenses et indemnités, droit de prescrire (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens, de la Propriété*, etc., t. I, n° 697 *bis*).

Mais il y en a bien d'autres !

C'est ainsi que celui qui réclame une chose découverte comme un prétendu trésor, peut justifier sa propriété par la preuve testimoniale, sans un commencement de preuve par écrit, quelle que soit la valeur de la chose, qu'il a cachée ou enfouie (Comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 39, *Dispositions générales*).

Et voilà aussi comment les faits d'insanité d'esprit ou d'ivresse sont également par leur nature toujours susceptibles d'être prouvés par témoins. (Comp. notre

Traité des Donations entre-vifs et des Testaments, t. I, n° 364; le tome I de ce *Traité*, n° 116, Nîmes, 1 août 1836, Chabert, Dev., 1838, II, 125; Cass., 27 juillet 1859, Dereine, et 23 mai 1860, de Gaudechart, Dev., 1860, I, 359 et 792; Duranton, t. XIII, n° 360; Troplong, de la Prescription, t. I, n° 279; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 428; Colmet de Santerre, t. V, n° 315 *bis*.)

16. — La doctrine, que nous venons de présenter, est généralement admise.

Mais quelle en est la base scientifique? et de quelle manière faut-il l'expliquer?

Sur ce point, les auteurs se divisent.

Les uns pensent que, si les faits purement matériels peuvent être prouvés par témoins, lors même qu'ils présentent un intérêt pécuniaire supérieur à cent cinquante francs, ce n'est point parce qu'ils se trouvent en dehors de la règle édictée par l'article 1341; le motif en est, suivant eux, que, se trouvant, aussi bien que les faits juridiques, compris dans cette règle, ils en ont été exceptés par la disposition de l'article 1348;

Tandis que, d'après les autres, ce n'est point parce que l'article 1348 les a exceptés de la règle, mais bien parce que la règle elle-même ne leur est pas applicable.

Quoique ce ne soit plus là qu'une question de méthode, il n'est pas sans intérêt d'y prendre parti. Il s'en faut bien, en effet, que ces questions n'aient pas aussi leur importance; n'arrive-t-il pas souvent qu'elles exercent, sur le fond même du droit, une influence décisive!

La première explication est celle de MM. Aubry et Rau, sur Zachariæ.

Après avoir posé, en principe, que ces mots : *toutes choses*, dans l'article 1341, comprennent les faits juridiques, d'où peuvent résulter la formation d'une convention et l'extinction d'une obligation, les savants jurisconsultes ajoutent :

« A notre avis, les rédacteurs du Code ont entendu attribuer aux termes ci-dessus rappelés, un sens plus large encore. Le soin minutieux avec lequel ils ont formulé, dans l'article 1348, les cas exceptionnels où la règle posée par l'article 1341 cesse de recevoir application, le démontre évidemment. On ne peut, en effet, expliquer l'exception apportée par le numéro 1 de l'article 1348, quant aux obligations naissant des délits et des quasi-délits, à moins d'admettre que la volonté du législateur a été de poser, dans l'article 1341, une règle générale, qui se référât, non-seulement à la formation des conventions et à l'extinction des obligations, mais qui s'appliquât également à tous autres faits juridiques, de quelque nature qu'ils pussent être. » (T. VI, p. 425-426.)

Telle est aussi l'explication de Marcadé (sur l'article 1341, n° 1).

Et nous devons reconnaître qu'elle se trouve également dans les motifs du plus grand nombre des arrêts, qui ont été rendus sur cette matière. (Comp. Cass., 27 juillet 1859, Dereine, 23 mai 1860, de Gaudechart, Dev., 1860, I, 359 et 792; Cass., 13 juillet 1874, Sarlandie, Dev., 1874, I, 365.)

Cette explication pourtant ne nous paraît pas juridique.

Nous considérons, au contraire, comme plus vraie, la seconde explication, qui consiste à dire que les faits matériels peuvent être prouvés par témoins, non point parce que l'article 1348 les excepte de la règle édictée par l'article 1341, mais bien plutôt parce que cette règle elle-même ne les comprend pas : ni dans ses termes, ni dans ses motifs :

1° En effet, l'article 1341 dispose ainsi :

« Il doit être passé acte devant notaire ou sous signa-
« ture privée de toutes choses excédant la somme ou
« valeur de cent cinquante francs. »

D'où il suit que la règle ne vise que les faits, dont il peut être passé acte;

Or, il ne peut pas être passé acte des faits matériels;

Donc, la règle elle-même, dans ses termes, ne s'applique pas à ces faits.

Ni dans ses motifs!

Car la prohibition, purement indirecte, de la preuve testimoniale, qu'elle décrète, n'est que la sanction de l'obligation, qui était imposée aux parties de passer un acte et de la faute qu'elles ont commise, en ne le passant pas.

Or, elles n'ont commis, quant à ces faits, aucune faute.

D'où il faut conclure, que la règle de l'article 1341 comprend sans doute toutes les conventions quelconques, les conventions *dévestitives*, comme les conventions *investitives*, les *distracts* comme les *contrats*, mais qu'elle ne comprend que les conventions.

2° Telle a été d'ailleurs, de tout temps, la doctrine ancienne.

Les choses, qui ne peuvent se réduire par écrit, disait l'avocat général Joly de Fleury, *qui ne sont pas susceptibles de convention, n'ont jamais été comprises dans cette disposition* (plaidoyer du 2 août 1776).

C'est ainsi que l'édit de 1611 ne comprenait que les choses, *dont on peut traiter ou disposer.*

Boiceau n'appliquait de même la prohibition de la preuve testimoniale qu'aux choses sur lesquelles les parties traitaient ensemble : « *de quibus pacisci consueverunt* » (Liv. I, ch. II, n° 1).

Et, notamment en ce qui concerne les faits illicites, il ajoutait :

« *Quod autem ad obligationes ex maleficio descendentes, satis vulgatum est eas hac lege non comprehendi, quia scriptis delinqui non soleat; imo clam et noctu* » (Liv. I, ch. X, n° 5).

3° Mais les dissidents objectent que telle n'a pas été la

méthode des rédacteurs de notre Code, puisque, dans l'article 1348, ils ont excepté les délits et les quasi-délits de la règle de l'article 1341, et que cette exception serait inexplicable, s'ils n'avaient pas entendu les comprendre dans la règle.

Ce qui résulte de cette objection, c'est que les articles 1341 et 1348 semblent, en effet, présenter une contrariété de doctrine.

Mais nous croyons qu'il faut préférer la rédaction de l'article 1341 à la rédaction de l'article 1348 :

1° Parce que la règle fondamentale de toute cette matière se trouve posée expressément dans le premier;

2° Parce que la règle de l'article 1341 est très-exacte; tandis que l'exception de l'article 1348 est, au contraire, certainement inexacte pour certains cas.

En effet, l'article 1348 n'applique l'exception qu'aux délits et aux quasi-délits; et il l'applique aux quasi-contrats sans distinction.

Or, d'une part, ce n'est pas seulement aux obligations résultant des délits et des quasi-délits, que l'exception s'applique; elle s'applique à tous les faits qui consistent dans des manœuvres frauduleuses et qui constituent un dol.

Et d'autre part, sur les deux quasi-contrats, que notre Code a prévus, l'exception s'applique seulement à la gestion d'affaires, et non pas à la réception de l'indû.

Notre conclusion est donc que l'article 1341 ne comprend que les faits conventionnels, et que les autres faits, qui n'ont pas ce caractère, se trouvent, par cela même, en dehors de la règle qu'il a posée (Comp. Cass., 29 janv. 1867, Poitevin, Dev., 1867-I-245; Cass., 31 mars 1874, Delpy, Dev., 1875-I-365; Toullier, t. V, n°s 20 et 26; Bonnier, n°s 153-154; Colmet de Santerre, t. V, n° 315 bis, VII; Laurent, t. XIX, n°s 407-408 et 425).

17. — *c.* — Restent les faits, qui sont tout à la fois juridiques et matériels (*supra*, n° 13);

C'est-à-dire les faits dans lesquels l'élément juridique et l'élément matériel se trouvent réunis.

La règle, en ce qui les concerne, est très-simple :

Il faut rejeter la preuve testimoniale, en tant qu'elle est offerte pour établir l'existence de l'élément juridique;

Il faut l'admettre, en tant qu'elle est offerte pour établir l'existence de l'élément matériel.

Ces deux éléments, en effet, quoiqu'ils concourent dans le même fait, ne forment pas nécessairement un tout indivisible : ils peuvent, au contraire, être séparés. Il ne serait donc ni logique ni équitable : soit d'admettre la preuve testimoniale de l'élément juridique, parce que cette preuve est admissible pour établir l'existence de l'élément matériel; soit de rejeter la preuve testimoniale de l'élément matériel, parce que cette preuve est inadmissible pour établir l'existence de l'élément juridique.

Ce que la logique et l'équité commandent, c'est de décomposer ce fait complexe et d'appliquer à chacun des éléments, dont il est formé, le mode de preuve dont il est par lui-même isolément susceptible.

Les fautes contractuelles fournissent de cette distinction un très-probant exemple et de fréquentes applications.

La faute elle-même! voilà bien l'élément matériel, dont la preuve testimoniale pourra être fournie par celle des parties contractantes, qui réclame, de ce chef, des dommages et intérêts, quel qu'en puisse être le chiffre.

Mais le contrat! voilà l'élément juridique, dont la preuve testimoniale ne sera admissible qu'autant que la chose, qui en fait l'objet, n'excédera pas la valeur de 150 francs.

Et bien entendu, c'est la preuve du contrat, qui devra être préalablement fournie.

La preuve de la faute s'y trouve, en effet, nécessairement subordonnée, puisque c'est l'existence du contrat,

qui peut seule lui donner le caractère de faute contractuelle.

18. — Vous aviez, sur mon fonds, une servitude discontinue, un droit de passage ou de puisage.

Et quand vous me présentez le titre constitutif de cette servitude pour l'exercer, je m'y oppose, en soutenant qu'elle est éteinte par le non usage pendant trente ans (article 706).

A quoi vous répliquez que cette prescription extinctive a été interrompue.

Pourrez-vous établir, par la preuve testimoniale, cette interruption, dont vous affirmez l'existence?

Il faut distinguer :

Non ! si vous la fondez sur un fait juridique, comme, par exemple, la reconnaissance que j'aurais faite, moi, propriétaire de l'héritage, de l'existence de cette servitude (article 2248).

Oui ! si vous la fondez sur un fait matériel, comme si vous demandez à prouver que, depuis moins de trente ans, vous l'avez exercée par des faits de passage ou de puisage. (Comp. notre *Traité des Servitudes*, t. II, n° 1016.)

19. — La solution, qui précède, doit aussi servir à résoudre une question, qui a été fort agitée; à savoir :

Si la preuve testimoniale peut être admise du paiement des intérêts d'une créance ou des arrérages d'une rente (excédant la valeur de cent cinquante francs), lorsque ce payement est invoqué comme un fait interruptif de la prescription de cette créance ou de cette rente?

Malgré quelques décisions contraires (Comp. Bruxelles, 10 déc. 1812, Sirey, 1813, I, 350; Toulouse, 18 mai 1831, Dev., 1831-2-302);

La négative nous paraît certaine.

Le payement des intérêts est un fait!

Assurément oui.

Mais un fait juridique, et non pas un fait matériel; un

fait juridique, disons-nous, dont il a été possible de se procurer une preuve par écrit.

Est-ce que la preuve de ce payement serait admissible de la part du débiteur, qui prétendrait l'invoquer comme un *fait matériel* libératoire ?

Non, sans doute ! (Comp. *supra*, n° 14.)

Eh bien ! la preuve testimoniale ne saurait être non plus admissible de la part du créancier, qui prétendrait l'invoquer comme un *fait matériel* interruptif de la prescription. C'était à lui, afin de ne pas encourir cette prescription, de se faire délivrer des contre-quittances ou un titre nouvel (article 2263; Comp. Riom, 4 mai 1841, Soleillant, Dev., 1841, II, 334; Douai, 19 janv. 1842, Château-Renault, Dev., 1842-2-112; Cass., 28 juin 1854, Bureau de bienfaisance du Quesnoy, Dev., 1854, I, 465; Fœlix et Henrion, *Des rentes foncières*, n° 213; Troplong, *De la Prescription*, t. I, n° 280 et t. II, n° 622; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 429).

20. — Voici encore un exemple dans lequel l'application de notre distinction, en ce qui concerne la preuve testimoniale des faits mixtes, est très-contestée.

La possession, avons-nous dit, est un fait materiel dont la preuve testimoniale est admissible (*supra*, n° 15);

Ce qui est d'évidence, lorsqu'il ne s'agit que d'établir la preuve du fait de la possession matérielle, quand je demande à prouver que j'ai possedé par moi-même.

Mais la preuve testimoniale est-elle également admissible, quand je demande à établir que j'ai possédé par autrui, par un fermier, par exemple?

D'éminents auteurs répondent négativement, parce qu'il s'agit là, non plus d'établir le fait seul de la possession, mais d'en déterminer le caractère. (Arg. des art. 1341 et 1715.)

« La possession, dans ce cas, se complique, disent MM. Aubry et Rau, d'un élément juridique; et la preuve testimoniale de cet élément juridique, c'est-à-dire du

bail, ne sera point admissible. » (Zachariæ, t. VI, p. 428-429; ajout. Laurent, t. XIX, n° 432.)

Cette doctrine soulève, à notre avis, des objections graves :

1° En effet, je puis posséder par moi-même, ou par un autre, qui possède pour moi, en mon nom.

Et, en conséquence, je serais recevable à prouver, par témoins, que j'ai possédé par un intendant, par un régisseur.

Pourquoi donc ne serais-je point recevable aussi à prouver par témoins, que j'ai possédé par un fermier?

La preuve testimoniale du bail est interdite!

Il est vrai; et lorsque une partie demande à prouver par témoins l'existence d'un bail, pour conclure à l'exécution de ce bail, de quelque manière que ce soit, elle doit être déclarée non recevable.

Mais ce n'est pas de l'exécution du bail allégué, qu'il s'agit; la partie ne demande pas à lui faire produire un effet juridique quelconque.

Ce qu'elle demande uniquement, c'est à prouver le fait qu'un tiers, qui possédait matériellement la chose, la possédait, non pas pour lui-même, mais pour elle; de sorte que, finalement, elle ne demande qu'à prouver ainsi le fait matériel de sa propre possession.

La preuve du bail n'est donc, dans ce cas, qu'un élément accessoire de la preuve de la possession.

2° Aux termes de l'article 23 du Code de Procédure, les actions possessoires ne sont recevables qu'autant qu'elles sont formées, dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible *par eux ou les leurs, à titre non précaire*.

Et, aux termes de l'article 24, si *la possession* ou le trouble sont déniés, l'enquête sera ordonnée.

L'article ajoute que cette enquête ne pourra porter sur le fond du droit.

Or, c'est là, précisément, ce que nous avons tout

d'abord ajouté aussi, qu'il ne s'agit pas alors du droit, mais du fait, non pas de l'existence valable ou non du bail, mais du fait matériel, que le tiers, en qualité de fermier, a possédé pour moi.

3° Est-ce que, par exemple, la preuve testimoniale, même d'un bail, ne serait pas recevable de la part de celui des époux, qui prétendrait, aux termes de l'article 1402, qu'il avait, antérieurement au mariage, la possession légale d'un immeuble dépendant actuellement de la communauté! (Cap., Nîmes, 1 août 1836, Chabert, Dev., 1838, II, 125; Pau, 17 nov. 1865, Bergouignan, Dev., 1868, II, 153; Cass., 20 avril 1868, Comm. de Bolquera, Dev., 1868, I, 269; Bonnier, n° 153; Latreille, *Revue pratique*, 1872, t. XXXIII, p. 28.)

21. — L'article 1341 dispose qu'il doit être passé acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, *même pour dépôts volontaires*.

Pourquoi donc cette addition?

Est-ce que le dépôt volontaire n'était pas compris dans la généralité de ces mots : *toutes choses?* n'est-il point, même par excellence, l'un de ces faits juridiques, auxquels l'article 1341 est surtout applicable? (*Supra*, n°s 12-14.)

Certainement oui! (Comp. art. 1923.)

Et pourtant, des doutes s'étaient élevés à cet égard, sous l'Ordonnance de 1566.

La preuve testimoniale est admise, disait-on, lorsque la partie, qui l'invoque, n'a pas pu se procurer une preuve par écrit.

Or, il est moralement impossible au déposant de demander au dépositaire une reconnaissance par écrit. Le dépôt est en effet un contrat de bienfaisance; comment admettre que le déposant ose répondre à ce bon office d'amitié par un témoignage blessant de défiance!

Cette objection, toutefois, était plus spécieuse que solide; et c'est pour la faire disparaître, que ces mots :

même pour dépôts volontaires, furent ajoutés dans l'Ordonnance de 1667 (comp. Pothier, n° 787).

Le législateur de 1804 les a conservés ; et très-justement :

1° Il est clair que la disposition qui excepterait les dépôts volontaires, ferait à la règle une brèche, qui l'entamerait singulièrement, puisqu'il suffirait, pour donner passage à la preuve testimoniale, d'alléguer l'existence d'un dépôt, au lieu d'alléguer l'existence d'un contrat quelconque, d'un prêt ou autre ! M. Larombière rappelle, avec raison, que les annales judiciaires contiennent plus d'un exemple des spéculations de l'intrigue et de la mauvaise foi envers de prétendus dépositaires.

2° C'est donc au déposant lui-même d'aviser et de bien placer sa confiance. Il est libre de faire ou de ne pas faire le dépôt ; et s'il le fait sans en demander une preuve écrite, il consent par cela même, à subir les conséquences du choix qu'il a fait, et de la situation qu'il a imprudemment acceptée.

3° On peut ajouter que la disposition spéciale par laquelle la loi elle-même soumet le dépôt à la règle commune, peut avoir aussi cet avantage qu'elle est de nature peut-être à enlever le caractère de suspicion injurieuse à la demande d'une reconnaissance écrite, que le déposant peut faire au dépositaire.

22. — Des doutes semblables s'étaient autrefois élevés en ce qui concerne le prêt à usage ; et même quelques arrêts, avant l'Ordonnance de 1667, avaient admis la preuve par témoins de ce contrat, notamment d'un prêt de bijoux fait par une femme à son amie, parce que le prêt à usage, disait-on, comme le dépôt, se fait aussi ordinairement sans que l'on en retire une reconnaissance par écrit. (Comp. Toullier, t. V, n° 30.)

« Mais l'Ordonnance de 1667 ayant déclaré que le dépôt volontaire était compris dans la loi générale, qui exige une preuve par écrit, on doit conclure, à plus forte raison, la même chose du prêt à usage, puisqu'on se fie autant

à celui à qui on fait un dépôt qu'à celui à qui on prête; et celui qui fait un dépôt, a encore plus lieu de craindre d'offenser son ami, en lui demandant une reconnaissance, que celui qui prête. »

Telle était la conclusion de Pothier (n° 787).

Cette conclusion est incontestable; et sous le Droit nouveau comme sous l'ancien Droit, la preuve par témoins d'un prêt à usage ne devrait pas être reçue, si la chose excédait la valeur de 150 francs. (Comp. Duvergier, *Traité du Prêt*, nos 50 et suiv.)

25. — Non-seulement, la preuve testimoniale des contrats, que nous venons de citer, n'est pas admise, lorsque la chose, qui en fait l'objet, est d'une valeur au-dessus de 150 francs.

Tout au contraire! en sens inverse, il est certains contrats, dont la preuve testimoniale n'est pas admise, quoique la chose, qui en fait l'objet, soit d'une valeur au-dessous de cette somme.

Tels sont :

Le louage (art. 1715, 1716; comp. la Dissertation de M. Guillouard sur la *Preuve du louage*, *Revue critique*, 1873-1874, t. III, p. 561 et suiv.);

La transaction (art. 2044);

Le nantissement (art. 2074, 2085).

Ces contrats, en effet, par dérogation à notre règle, ne peuvent être prouvés que par écrit, ou du moins, devons-nous dire (pour réserver certaines questions, qui s'y élèvent), ne peuvent pas être prouvés par témoins;

Dispositions spéciales, qui sont fondées sur la nécessité : soit de tarir la source d'un grand nombre de contestations dans des matières très-usuelles; soit de prévenir les fraudes, qui pourraient être pratiquées au préjudice des tiers.

Nous les retrouverons plus tard, à la place où le législateur de notre Code les a mises. (Comp. Bonnier, nos 179-180.)

24. — En est-il ainsi de la convention de partage?

Des autorités considérables ont répondu affirmativement, et qu'il résultait de l'article 816 que le partage ne pouvait être prouvé que par *un acte.*

Mais cette doctrine ne nous paraît pas juridique; nous ne pouvons que nous référer aux arguments, par lesquels nous avons entrepris de la réfuter et d'établir que la convention de partage est soumise, en ce qui concerne la preuve testimoniale, aux règles du droit commun. (Comp. notre *Traité des Successions,* t. III, nos 519-521.)

25. — C'est aussi une question controversée, que celle qui consiste à savoir si la cession d'un office ministériel doit être rangée au nombre des contrats, qui ne peuvent être prouvés que par écrit.

La solution affirmative résulte, à notre avis, formellement de l'article 6 de la loi du 25 juin 1841.

Et elle a été, en effet, consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, du 1er juillet 1863. (Bodey, Dev., 1864-2-77; Bonnier, n° 181 *bis*; en sens contraire, Championnière, Rigaud et Pont, *Supplément au Traité d'enregistrement*, n° 273.)

26. — Enfin, il est un certain nombre de contrats commerciaux, qui ne peuvent pas non plus être prouvés par témoins, lors même que la chose, qui en est l'objet, serait d'une valeur au-dessous de cent cinquante francs. (Comp. art. 41, 42, 332, *Code de commerce;* art. 55 et 56 de la loi du 24 juillet 1867.)

Mais ces matières sont en dehors de notre domaine.

27. — Ainsi donc il faut distinguer :

Le fait juridique, dont le résultat est de créer, d'éteindre, de modifier, ou de transférer un droit, présente-t-il un intérêt pécuniaire supérieur à cent cinquante francs?

La rédaction d'un acte écrit est exigée; et la preuve testimoniale n'est pas admissible.

Le fait juridique, au contraire, présente-t-il un intérêt pécuniaire inférieur à cette somme?

La rédaction d'un acte écrit n'est pas exigée; et la preuve testimoniale est admissible.

C'est que, en effet, dans ce dernier cas, la modicité de la valeur de la chose, qui fait l'objet de la convention, ne serait pas le plus souvent en proportion avec les frais d'un acte écrit, qui pourraient même parfois la dépasser, si les parties ne sachant pas écrire, il fallait recourir au ministère d'un notaire. Le législateur aurait méconnu les nécessités les plus impérieuses de la pratique, et jeté dans les relations les plus usuelles de la vie civile une véritable perturbation, s'il avait exigé que, pour une valeur aussi modique, les parties fissent toujours un acte écrit.

Telle est la raison principale, la vraie raison sur laquelle notre première règle est fondée. (Comp. *infra*, n° 31.)

28. — L'application de cette règle, avec sa distinction, ne souffrira pas de difficulté, toutes les fois que l'objet de la convention sera une somme d'argent.

Mais de quelle manière sera-t-il possible de l'appliquer dans les obligations conventionnelles, qui ont pour objet des choses d'une autre nature, dont la valeur est indéterminée?

Il faut évidemment, alors, apprécier cette valeur, et la déterminer en argent.

Par quel procédé?

Le législateur ayant gardé le silence, a, par cela même, laissé au juge un pouvoir discrétionnaire, d'après la nature de la chose et les divers éléments du litige.

En conséquence, le juge pourra lui-même, comme expert de droit, faire cette évaluation, si la cause lui fournit des éléments suffisants.

Et dans le cas contraire, il faudra bien qu'il ordonne une expertise.

Mais nous ajoutons qu'il ne devra recourir à ce mode d'instruction que dans le cas d'une nécessité absolue, et à défaut de tout autre moyen d'évaluation.

Une expertise d'abord; et puis après, peut-être une enquête!

Que de frais et de lenteurs! rien certainement ne serait plus contraire au but que le Législateur se propose!

Aussi, la solution, que nous venons de présenter, est-elle applicable dans tous les cas, quel que soit l'objet de la convention alléguée, soit un meuble, soit un immeuble. (Comp. Boiceau, liv. I, chap. XVIII, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 435; Rauter, *Cours de Procédure civile*, § 70; Bonnier, n° 158; Colmet de Santerre, t. V, n° 315 *bis*, XIV.)

29. — Est-ce la peine d'ajouter que l'évaluation, qui serait faite par le demandeur lui-même dans ses conclusions, ne saurait être admise comme règle!

Le défendeur, en effet, a le droit de s'opposer à l'admission de la preuve testimoniale, lorsque la chose qui fait l'objet de la demande, excédant la valeur de cent cinquante francs, aurait dû être constatée par un acte écrit.

Le demandeur ne peut pas lui enlever ce droit, en déterminant, de sa propre autorité, c'est-à-dire en abaissant le montant de la valeur de la chose.

Autrement, le défendeur serait à sa merci! et l'application de la loi dépendrait de la bonne ou de la mauvaise foi du demandeur.

30. — Et, à cet égard, il importe d'avertir le défendeur de bien examiner les conclusions, qui sont prises contre lui.

Paul demande, contre Pierre, 100 fr. de dommages-intérêts pour inexécution d'une convention qui a été, dit-il, passée entre eux; et il conclut en même temps, soit à l'exécution, soit à la résolution de la convention alléguée.

Mais quelle est la valeur de la chose, qui fait, d'après lui, l'objet de cette convention?

Il ne le dit pas!

Et voilà précisément ce qu'il faut lui faire dire.

Le défendeur devra donc, avant tout, faire déterminer la valeur de la chose, qui ferait, d'après le demandeur, l'objet principal de la convention.

Qu'il laisse de côté le chiffre des dommages-intérêts demandés; ce n'est pas ce chiffre qui peut décider si la preuve testimoniale doit ou non être admise; et il y aurait à constater d'abord ce chiffre, un danger sérieux, celui de paraître avouer indirectement l'existence de la convention, aveu qui pourrait lui-même, suivant les cas, suffire pour donner passage à la preuve testimoniale.

Il en serait évidemment ainsi, et même *à fortiori*, dans le cas où, au lieu de conclure à des dommages-intérêts évalués par lui à une somme au-dessous de cent cinquante francs, le demandeur conclurait au payement d'une clause pénale au-dessous de cette somme, qu'il prétendrait avoir été stipulée d'avance conventionnellement. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 435-436; Larombière, t. V, art. 1341, n°s 9-10.)

51. — Le chiffre de cent cinquante francs, adopté par l'article 1341, comme la limite au-delà de laquelle il doit être passé un acte écrit, était certainement déjà, dès 1804, et se trouve de plus en plus aujourd'hui, en raison de la dépréciation des valeurs monétaires, bien inférieur proportionnellement au chiffre de cent livres, qui avait été adopté par les Ordonnances de 1566 et 1667. (*Supra*, n° 5.)

La remarque en a été faite dans les travaux préparatoires; et le tribun Jaubert expliquait ainsi cette disproportion :

« Cette augmentation de cinquante francs, disait-il, n'est pas proportionnelle à la valeur relative des espèces; mais, d'une part, les circonstances morales ne sont pas

propres à encourager le législateur à donner plus de latitude à la preuve testimoniale; de l'autre, il a dû considérer que l'usage de l'écriture est devenu plus familier. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 527.)

De ces deux motifs, nous n'hésitons à penser que le second est le principal.

Que le motif déduit des dangers de la preuve testimoniale, ait eu aussi sa part d'influence dans l'établissement de la règle législative, nous l'avons déjà remarqué. (*Supra*, n° 8.)

Mais il faut, à notre avis, se garder d'exagérer cette influence. Non! le législateur n'a pas été inspiré principalement par cette pensée que la modicité de l'intérêt pécuniaire engagé, rendrait la subornation des témoins plus difficile et plus rare; il n'a pas prétendu établir ainsi, en quelque sorte, le tarif des consciences humaines!

Ce qu'il a considéré surtout, c'est si l'intérêt engagé était trop peu important pour qu'il fût possible de soumettre les parties à la nécessité de rédiger un acte écrit.

Et, à ce point de vue, on s'explique bien la disproportion, qui existe entre le chiffre d'autrefois et le chiffre d'aujourd'hui;

Parce que, en effet, suivant l'expression du tribun Jaubert, l'usage de l'écriture est devenu plus familier.

32. — L'explication qui précède a, par avance, résolu, pour nous, une question importante, sur laquelle les opinions sont partagées.

A quelle époque faut-il s'attacher, dans les obligations conventionnelles, pour déterminer la limite de l'intérêt pécuniaire, au delà de laquelle la preuve testimoniale n'est pas admise?

Est-ce à l'époque où la convention s'est formée?

Est-ce à l'époque où la demande est introduite?

A l'époque de la formation de la convention, la chose, qui en était l'objet, n'avait qu'une valeur de cent francs.

— Mais la demande, qui est ensuite introduite, s'élève à une valeur de deux cents francs.

En sens inverse, à l'époque de la formation de la convention, la chose, qui en était l'objet, avait une valeur de deux cents francs. — Mais la demande, qui est ensuite introduite, ne s'élève qu'à une valeur de cent francs.

Il est évident que, dans les deux cas, la question de savoir si la preuve testimoniale doit être admise ou rejetée, dépend du point de savoir quelle est l'époque à considérer : celle de la convention, ou celle de la demande.

Des auteurs considérables enseignent qu'il faut considérer à la fois l'une et l'autre époque :

La première, celle de la formation de la convention, pour admettre ou rejeter la preuve testimoniale, suivant que la chose, qui en fait l'objet, était, à cette époque, d'une valeur inférieure ou supérieure à cent cinquante francs ;

La seconde, celle de la demande, pour admettre ou rejeter aussi la preuve testimoniale, suivant que la valeur de l'intérêt pécuniaire engagé est inférieure ou supérieure à cette somme.

« En résumé, dit M. Bonnier, voici quel paraît être le système de la loi sur l'évaluation de l'objet du litige : elle se reporte d'abord au moment où la convention a eu lieu, pour voir si, à cette époque, la valeur excédait ou non le taux légal, lors même qu'actuellement elle se trouve au-dessous de ce taux. — De plus, en sens inverse, il ne suffit pas que, dans l'origine, le chiffre de cent cinquante francs n'ait pas été dépassé ; elle examine si, depuis, on n'a pas franchi, après coup, la limite posée. *Ces deux points de vue correspondent aux deux motifs bien distincts de la prohibition. On se reporte au passé, parce que le vœu de la loi est qu'on s'assure une preuve stable dès le principe. On s'attache au présent, parce qu'il ne faut pas perdre de vue non plus le danger de la corruption des témoins.* » (N° 164 ; comp. Duranton, t. XIII, nos 306 et 321.)

53. — Nous ne pensons pas que cette théorie soit exacte; et notre avis est, au contraire, que, pour déterminer la limite pécuniaire au delà de laquelle la preuve testimoniale n'est pas admise, il faut toujours s'attacher à une seule époque, celle de la formation de la convention :

1° Le texte même de la loi nous paraît d'abord décisif en ce sens.

L'article 1341, en effet, comme nous avons eu soin de le remarquer, ne porte pas que la preuve testimoniale est prohibée au-dessus d'une valeur de cent cinquante francs. (*Supra*, n° II.)

Oh! sans doute, si sa disposition était ainsi conçue, il pourrait être vrai de dire que, sans aucune distinction d'époques, la preuve testimoniale devrait être rejetée, toutes les fois que la demande aurait pour objet un intérêt pécuniaire supérieur à cette somme.

Mais tout autre et très-différente est la disposition de l'article 1341.

Ce que cet article décrète, c'est l'injonction de passer un acte écrit de toutes choses excédant la valeur de cent cinquante francs;

Or, cette injonction ne peut s'appliquer qu'à l'époque même de la formation de la convention;

Donc, c'est à cette époque seulement qu'il faut s'attacher pour déterminer si, oui ou non, un acte a dû être passé.

2° C'est que, en effet, la prohibition de la preuve testimoniale n'est pas prononcée elle-même principalement ni directement.

La prohibition qui l'atteint, n'est, avons-nous dit aussi, que la conséquence et la sanction de l'infraction que les parties ont commise à la disposition, qui leur commandait de passer un acte écrit de leur convention;

Or, si, au moment de leur convention, la chose qui en faisait l'objet, n'avait pas une valeur supérieure à cent cin-

quante francs, les parties n'ont commis aucune infraction à la loi ;

Donc, elles ne sauraient encourir la prohibition de la preuve testimoniale, dans laquelle précisément cette sanction consiste.

Voilà l'article 1341, et la seule manière, suivant nous, d'expliquer la forme étrange, peut-être à première vue, de sa rédaction.

3° On objecte les dangers de la preuve testimoniale, qui va, dit-on, d'après notre doctrine, être admise même dans les obligations conventionnelles, pour une valeur au-dessus de cent cinquante francs.

Et on en vient, pour les conjurer, à dire qu'il y a, dans la loi, deux dispositions distinctes, fondées sur deux motifs différents :

La première, qui ordonne, au moment de la convention, de passer un acte, si l'objet excède la valeur de cent cinquante francs ;

La seconde, qui prohibe, au moment de la demande, la preuve testimoniale, toutes les fois qu'elle présente un intérêt supérieur à cette somme.

Mais nous répondons que c'est là le renversement de toute la théorie de notre Code.

Non ! il n'y a pas ici deux dispositions distinctes.

Il n'y en a qu'une seule !

Il y a une règle et une conséquence, un commandement et une sanction !

Voilà tout.

Le préservatif, le seul préservatif, que le législateur ait institué contre les dangers de la preuve testimoniale, c'est l'obligation, qu'il impose aux parties, de passer un acte écrit de toutes choses excédant la valeur de cent cinquante francs.

Mais la preuve testimoniale elle-même, il ne la prohibe pas absolument, même dans les cas où l'intérêt pécuniaire engagé est supérieur à cette somme.

Tout au contraire ! il l'admet, lorsque les parties n'ont pas dû se procurer une preuve par écrit, et qu'elles ne sont pas en faute pour ne l'avoir pas fait (comp. *Supra* n° 10 ; art. 1348) ;

Or, lorsque la convention, au moment de sa formation, a pour objet une chose d'une valeur inférieure à cent cinquante francs, les parties ne sont pas en faute de ne s'être pas procuré une preuve par écrit ; et l'on peut même dire, sans exagération, qu'elles n'ont pas pu se procurer une preuve par écrit, si, en effet, à l'époque de la convention, elles ne pouvaient pas prévoir que la chose qui en fait l'objet, d'une valeur alors au-dessous de cent cinquante francs serait, à l'époque de la demande, d'une valeur au-dessus de cette somme ;

Donc, d'après la théorie fondamentale de notre Code, la preuve testimoniale doit, dans ce cas, être admise.

4° Cette démonstration nous paraît péremptoire.

On a, toutefois, entrepris encore de déduire des objections des articles 1342, 1345 et 1346.

Nous allons bientôt arriver à ces textes; et nous croyons pouvoir annoncer d'avance que les arguments que l'on en tire, ne sauraient infirmer la doctrine, que nous venons de présenter. (Comp. *infra*, n° 37 ; Toullier, t. V, n° 44 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 430 ; Larombière, t. V, art. 1341, n° 15 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 315 *bis* XI et XII.)

34. — Le contrat de société présente des applications intéressantes de notre principe ; et nous devons les mettre spécialement en relief, parce qu'elles sont de nature à l'affermir.

Aux termes de l'article 1834 :

« Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque « leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante « francs.

« La preuve testimoniale n'est point admise contre et « outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait

« allégué avoir été dit avant, lors et depuis cet acte, « encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre « de cent cinquante francs. »

Deux hypothèses sont possibles :

Quatre personnes contractent une société, dans laquelle chacune d'elles apporte une somme de cent francs. Aucun acte écrit n'en est dressé.

La société ne fait pas de bénéfices, ou même elle fait des pertes.

Et ensuite, l'une de ces personnes demande, contre les trois autres, la somme de cent francs, montant de son apport, ou même une somme moindre.

Le demandeur peut-il prouver, par témoins, la convention de société et la mise en commun de la somme de cent francs, qu'il prétend y avoir apportée ?

Oui ! répond Duranton ; « car ne demandant rien de la part du défendeur, il ne demande pas au delà de cent cinquante francs ; il n'y a d'ailleurs pas présomption qu'il ait cherché à corrompre des témoins pour s'approprier indûment cette valeur. »

Et il ajoute :

« Le système contraire conduirait à dire que si vingt personnes, par exemple, ont mis en commun chacune dix francs pour un certain objet, pour une certaine destination, il n'y aurait pas lieu à la preuve testimoniale en faveur de celui qui réclamerait sa part dans les deux cents francs. Mais la loi, entendue en ce sens, serait absurde dans ses résultats et en pleine contradiction avec ses motifs ; car puisqu'elle ne présume pas qu'on corrompt des témoins pour cent cinquante francs juste, elle doit bien moins encore supposer qu'on a pu en corrompre pour dix francs. On ne doit pas voir uniquement la convention de société ; on doit voir, au contraire, l'objet de la demande » (t. XIII, n° 306 et t. XVII n° 323).

Notre avis est, au contraire, que la preuve testimoniale ne doit pas, dans ce cas, être admise ; et nous espérons

pouvoir démontrer que la doctrine du savant auteur méconnaît tout à la fois le texte de la loi et son motif essentiel :

1° L'article 1834 dispose que toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque LEUR OBJET est d'une valeur de plus de cent cinquante francs ;

Or, quel est *l'objet* de la société, dans le sens de cet article ?

Est-ce la mise de chacun des associés isolément et séparément considérée ?

Evidemment non !

Car ce n'est pas, bien entendu, sur chacune des mises, séparément et isolément, que la société s'établit et va fonctionner.

Elle s'établit et elle va fonctionner sur toutes les mises réunies, sur l'ensemble de ces mises, qui constitue le fonds social.

Or, le fonds social, c'est précisément *l'objet* de la société !

Autrement, que pourrait-il arriver ?

C'est que, si les mises étaient inégales, la preuve par témoins serait admissible pour les uns et inadmissible pour les autres, entre les mêmes associés.

Ainsi, dans notre exemple, l'un n'a apporté que 100 fr. ; tandis que l'autre a apporté 200 francs.

Le premier pourrait donc prouver par témoins le contrat de société ; tandis que le second ne le pourrait pas !

Tout cela est déraisonnable ! s'écrie Troplong très-justement.

Voilà d'abord pour le texte.

2° Ajoutons que ce texte est, en effet, l'expression fort exacte du motif essentiel, sur lequel repose toute la théorie de la loi en cette matière.

Duranton se montre très-préoccupé des dangers de la preuve testimoniale, au point de vue de la corruption des témoins ; c'est dans ce danger qu'il voit le motif principal de la prohibition de ce genre de preuve.

Telle paraît être également la préoccupation de M. Pont, qui, tout en désavouant la doctrine de Duranton, écrit pourtant aussi que « l'intérêt en jeu est, en ce cas, trop modique pour qu'il y ait à redouter les dangers, qui ont fait exclure, en principe, le témoignage oral. » (*Du Contrat de Société*, art. 1834, n° 144.)

Mais nous persistons, pour notre part, à penser que la crainte de la subornation des témoins n'a été que le motif secondaire.

Le principal motif de la prohibition de la preuve testimoniale, est déduit de la faute que les parties ont commise, en ne rédigeant pas un acte écrit de leur convention, lorsqu'il y avait lieu de le rédiger, d'après la loi, c'est-à-dire lorsque l'objet de la convention était d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs;

Or, *l'objet de la société*, dans notre hypothèse, avait une valeur au-dessus de cent cinquante francs;

Donc, la société devait être constatée par un acte écrit.

Et, en effet, les frais de l'acte n'étaient pas alors en disproportion avec l'intérêt engagé; car si l'apport individuel de chacun des associés n'était que de cent francs, l'apport collectif des quatre associés était de quatre cents francs; et, par conséquent, les frais de l'acte n'auraient pesé sur chacun d'eux que d'après une répartition proportionnelle à sa mise (comp. Cass., 5 janv. 1875, Perard, Dev., 1875, I, 72; D. 1877, I, 39; Troplong, *Du Contrat de Société*, art. 1834, n° 202; Larombière, t. V, n° 15; Colmet de Santerre, t. V, n° 315 *bis*, XIII).

35. — II. — Mais renversons l'hypothèse.

Quatre personnes contractent une société, dans laquelle chacune d'elles apporte une somme de vingt francs.

Aucun acte écrit n'en est dressé.

La Société fait des bénéfices, très-considérables même!

Avec son capital, avec son *objet* de quatre-vingts francs, elle achète un billet de loterie.

Et ce billet gagne le gros lot.... 100,000 francs, 200,000 francs peut-être.

C'est en cet état que l'une de ces quatre personnes forme, contre les trois autres, une demande de 50,000 francs, c'est-à-dire du quart qui lui revient, dit-elle, dans l'actif social, qui est à partager.

Notre même question revient donc :

Le demandeur peut-il prouver, par témoins, la convention de société et la mise en commun de la somme de vingt francs, qu'il prétend y avoir apportée?

Il faudrait répondre négativement, d'après la doctrine de Duranton, qui enseigne que l'on doit considérer *l'objet de la demande*, et qui fonde la prohibition de la preuve testimoniale sur la crainte de la subornation des témoins ; car la demande alors s'élève à une somme bien supérieure à cent cinquante francs; et son importance pourrait faire naître un sérieux danger sous ce rapport.

Mais c'est affirmativement, au contraire, qu'il faut, à notre avis, répondre.

Au moment où la convention de société s'est formée, la chose, qui en faisait l'objet, n'excédant pas la valeur de cent cinquante francs, les parties n'étaient pas soumises à la nécessité légale d'en rédiger un acte écrit; elles ne sont donc pas en faute; et, par conséquent, elles ne doivent pas encourir la peine d'une infraction, qu'elles n'ont pas commise (comp. *Supra*, n° 10).

Voudrait-on prétendre qu'il y avait lieu, dès le moment de la formation du contrat de société, d'ajouter à l'ensemble des mises, la somme des bénéfices, qui se trouvent réalisés au moment de la demande en preuve?

Mais d'abord, en droit, ces bénéfices, futurs et éventuels, ne sauraient être considérés comme un accessoire certain et inséparable du capital social.

Et, en fait, comment serait-il possible d'en déterminer d'avance le chiffre! ne pouvons-nous pas dire encore qu'il serait déraisonnable de soumettre, dès aujourd'hui,

les parties à la nécessité d'un acte écrit, pour le cas où des bénéfices futurs et incertains viendraient plus tard à s'élever au-dessus du capital social!

Concluons donc, avec Troplong, que *c'est au moment de la convention* (de société) *qu'il faut prendre les parties, pour savoir si elles devaient, oui ou non, en passer écriture.*

Telle fut la décision, que rendit la Cour de Turin, dans l'espèce même, que nous avons citée comme exemple, espèce curieuse, en effet, d'une Société, ayant pour objet un billet de loterie d'une valeur de 1 fr. 25 c., qui, d'après le demandeur, avait obtenu un lot de 7,178 francs! (24 mars 1807, Marocco, Sirey 1807, 2, 24; Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 43-44; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 433; Larombière, t. V, art. 1341, n° 15.)

Telle est aussi la doctrine de notre savant collègue, M. Bonnier, qui, après avoir, dans ses premières éditions, professé la doctrine contraire, est revenu à celle-ci (n° 164).

56. — Le législateur ne s'est pas borné à décréter la première règle, que nous venons d'exposer.

Il a, de plus, décrété plusieurs dispositions, afin de préciser de quelle manière cette règle doit être appliquée, et de déjouer les combinaisons, plus ou moins habiles, au moyen desquelles on pourrait entreprendre de l'éluder.

Tel est le but des cinq articles, 1342 à 1346, qui décident, en effet, ce point capital; à savoir :

D'après quels éléments doit être appréciée la valeur de cent cinquante francs, au delà de laquelle la preuve testimoniale n'est pas admise.

Il nous reste à les exposer, pour compléter cette première partie de notre division. (*Supra*, n° 9.)

57. — *a.* — Et d'abord, l'article 1342 est ainsi conçu :

« La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action con-
« tient, outre la demande du capital, une demande d'inté-

« rêts, qui, réunis au capital, excèdent la somme de cent « cinquante francs. »

Paul demande contre Pierre le paiement d'une somme de cent soixante francs, ainsi composée, dit-il; savoir : pour argent prêté, cent quarante francs ; pour intérêts stipulés au moment du prêt et actuellement échus, vingt francs. Total aujourd'hui : cent soixante francs.

Peut-il être admis à la preuve testimoniale?

Non!

Voilà le fait résolu par notre texte.

N'y a-t-il pas là un argument à l'appui de la doctrine, qui enseigne que la preuve testimoniale n'est admissible qu'autant que la chose n'excède la valeur de cent cinquante francs ni à l'époque de la convention ni à l'époque de la demande, et qu'elle doit être rejetée, si, à l'une ou à l'autre de ces deux époques, la chose est au-dessus de cette valeur?

Les partisans de cette doctrine l'ont, en effet, prétendu ainsi, et que l'article 1342 n'en était qu'une application. (*Supra*, n° 33; comp. Taulier, t. IV, p. 534-535; Marcadé, art. 1342, n° 1.)

Mais nous avons répondu que ce texte ne peut fournir aucun argument semblable, et qu'il est lui-même, au contraire, la conséquence la plus logique de la doctrine, d'après laquelle, pour décider si la preuve testimoniale est admissible, il faut uniquement s'attacher à l'époque de la convention.

La démonstration nous en paraît facile :

1° La valeur de la chose, qui fait l'objet de laconvention, doit être, en effet, appréciée non-seulement eu égard à la prestation principale, mais encore eu égard aux prestations accessoires, qui sont stipulées dans cette convention; cela est d'évidence! puisque ces choses accessoires, stipulées aussi, sont elles-mêmes, comme la chose principale, l'objet de cette convention et en constituent l'importance.

Telle est précisément la base de la disposition de l'article 1342.

Cet article prévoit le cas, non point d'un prêt pur et simple, mais d'un prêt à intérêt (art. 1905).

Or, les intérêts, stipulés au moment du prêt, et dans la convention même du prêt, sont dès lors, aussi bien que la somme principale, son objet direct, puisque cette convention doit, directement, les produire; le prêteur, apparemment, a pu et dû prévoir, au moment même du prêt, l'augmentation de la dette, puisque cette augmentation était la conséquence certaine, et, dès ce moment, prévue de la convention.

Donc, il ne faut pas, au moment de la convention, considérer seulement la somme principale ; il faut considérer, en outre, les intérêts stipulés, dont l'accumulation avec le capital en forme l'objet entier et complet.

Mais, dit-on, c'est aussi en vertu du contrat de société, que l'associé réclame les bénéfices sociaux ; comme c'est en vertu du contrat de prêt, que le prêteur réclame les intérêts de la somme prêtée.

Et pourtant, la preuve testimoniale est admissible, en matière de société, si, au moment du contrat, l'objet n'excédait pas la valeur de 150 francs, quoique, en raison des bénéfices sociaux, la chose, au moment de la demande, excède cette valeur.

Il est vrai ! et nous l'avons reconnu nous-même (*supra* n° 35).

Mais pourquoi ?

Précisément parce que, à la différence des intérêts stipulés dans un contrat de prêt, les bénéfices résultant d'un contrat de société sont éventuels et incertains, et que ce caractère ne permet pas qu'ils puissent être considérés comme étant eux-mêmes l'objet de ce contrat, au moment où il se forme !

2° Ajoutons d'ailleurs que, dans le fait régi par notre article 1342, le prêteur, le demandeur, a méconnu, s'il

est permis de dire ainsi, deux fois pour une, la prescription de l'article 1341, qui lui ordonnait de passer un acte.

Il l'a méconnue d'abord au moment même du prêt, comme nous venons de le démontrer.

Il l'a méconnue, en outre, au moment où les intérêts échus portaient le montant de sa créance à une valeur supérieure à 150 francs. A ce moment-là, en effet, il avait le droit d'exiger le payement de ces intérêts; dès qu'il ne l'exigeait pas, il consentait à l'augmentation actuelle par les intérêts, de la somme qui lui était due; et par conséquent, il devait, à ce moment aussi, s'en procurer une preuve par écrit.

Nous avons donc raison de dire que l'article 1342 n'est lui-même qu'une déduction logique de la règle de l'article 1341, telle qu'elle doit être, suivant nous, entendue.

38. — Est-il nécessaire d'ajouter que les intérêts échus depuis l'introduction de la demande ne doivent pas entrer en ligne de compte !

Cela est, en effet, d'évidence.

Et c'est pourquoi, dans l'exemple qui précède, nous avons supposé que les intérêts, qui formaient, avec la somme prêtée, un total de 160 francs, étaient échus au moment de la demande.

Il ne se peut pas que la résistance injuste du défendeur et les lenteurs de la procédure deviennent préjudiciables au demandeur, sans aucune faute de sa part.

Aussi, est-ce un principe général que la situation des parties, devant la justice, se trouve fixée telle qu'elle est, au moment où la demande est introduite (Comp. Delvincourt, t. II, p. 634 ; Duranton, t. XIII, n° 319 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 434).

39. — L'article 1342 suppose le cas où l'*action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts...*, c'est-à-dire, que le créancier demande, en même temps, le capital et les intérêts.

Mais supposons au contraire :

Soit qu'il demande séparément le capital, sans les intérêts;

Soit qu'il demande séparément les intérêts, sans le capital;

De sorte que sa demande, dans l'un et l'autre cas, n'ait pas pour objet une valeur de plus de 150 francs.

Sera-t-elle recevable ?

Certainement non !

L'article 1342 est démonstratif sous ce rapport, et point limitatif. Il ne se peut pas, en effet, que le demandeur échappe, par ce moyen indirect, à la prescription que le Législateur décrète; les articles 1345 et 1346 ont précisément pour but de déjouer ces sortes d'expédients !

M. Larombière ajoute, avec raison, que si, sur une demande isolée des intérêts, le prétendu créancier avait réussi à surprendre un jugement de condamnation, sa demande ultérieure en payement du principal devrait être écartée (t. V, art. 1342, n° 2 : Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 434).

40. — La disposition de l'article 1342 doit-elle être appliquée au cas où l'action contient, outre la demande du capital, ou plus généralement de la prestation principale, une demande de dommages-intérêts pour simple retard dans l'exécution, qui, réunis au principal, excèdent la somme de 150 francs?

Il faut distinguer:

Oui, si une clause pénale a été stipulée à forfait, dans la convention;

Non, si aucune clause pénale n'a été stipulée.

Cette distinction résulte du motif même, sur lequel est fondée la disposition de l'article 1342.

Ce motif, nous venons de le dire, c'est que, pour déterminer cette valeur de 150 francs, au-dessus de laquelle la preuve testimoniale n'est pas admise, il faut faire entrer en ligne de compte non-seulement la prestation prin-

cipale de la convention, mais aussi les prestations accessoires ;

Or, le montant de la clause pénale, stipulée d'avance à forfait, est bien une prestation accessoire de la prestation principale ; elle offre, à ce point de vue, le même caractère que celui des intérêts stipulés d'avance (art. 1152).

Et, en effet, aux termes de l'article 1229, le créancier peut demander, en même temps, le principal et la peine, lorsque la peine a été stipulée pour le simple retard ;

Donc, la prestation de la peine, stipulée à forfait, doit, comme la prestation des intérêts, entrer en ligne de compte pour la supputation de la valeur de la chose, au moment de la convention.

41. — Très-différent est le caractère des dommages-intérêts, qui peuvent être dus au créancier pour simple retard dans l'exécution, lorsqu'ils n'ont pas été stipulés d'avance à forfait.

Le préjudice, qui peut, en ce cas, résulter de l'inexécution de la convention, est un fait postérieur et éventuel, dont on ne saurait dire qu'il a été ni pu être, d'aucune manière, l'*objet* de la convention elle-même ; c'est un fait matériel pur et simple, dont la preuve testimoniale doit être admise, quel que soit le chiffre de la somme réclamée (Comp. *supra* n°s 17-18).

Il n'était pas, en effet, possible aux parties de déterminer ce chiffre, puisque, ne faisant, sur ce point, aucune stipulation, elles s'en remettaient aux dispositions générales de la loi sur les dommages-intérêts en cas d'inexécution des conventions.

C'est sans doute pour ce motif que la Section de Législation du Conseil d'État a modifié la rédaction du projet du Gouvernement.

L'article 233 de ce projet, correspondant à l'article 1342, était d'abord ainsi conçu :

« La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action con-

tient, outre la demande du capital, une demande en *dommages-intérêts*, lorsque les *dommages-intérêts*, joints au capital, excédent la somme de 150 francs » (Fenet, t. II, p. 195).

La substitution, qui a été faite du mot : *intérêts*, au mot *dommages-intérêts*, nous paraît décisive (Comp. Duranton, t. XIII, n° 359; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 435; Bonnier, n° 160 ; Larombière, t. V, art. 1342 n° 4).

42. — *b* — Aux termes de l'article 1343 :

« Celui qui a formé une demande excédant cent cin-« quante francs, ne peut plus être admis à la preuve testi-« moniale, même en restreignant sa demande primitive. »

Nous avons déjà remarqué que le demandeur ne saurait échapper à la règle édictée par l'article 1341, en estimant lui-même au-dessous de 150 francs, la valeur de la chose, qu'il demande ; c'est incontestablement le droit du défendeur de soutenir que cette chose, telle que le demandeur la réclame, a une valeur supérieure à cette somme, et que, par conséquent, la preuve testimoniale n'en doit pas être admise (*supra*, n° 29).

L'article 1343 suppose un cas semblable.

La demande, telle qu'elle est d'abord formée, excède la somme de cent cinquante francs.

Mais voici que le demandeur se ravise ; et il la restreint à cette somme.

Je me trompais, dit-il, il ne m'a jamais été dû que 150 francs.

Ou encore, la somme de 200 francs, qui m'était due primitivement, a été réduite à 150 francs par un payement partiel, par une remise ou de toute autre manière.

Eh bien ! la preuve testimoniale n'en sera pas plus admissible.

Voilà notre texte, qui, pour déjouer ces subterfuges, dès longtemps déjà pratiquées, maintient, dans le Droit nouveau, la solution que l'ancien Droit avait admise.

(Comp. arrêt du Parlement de Paris, du 17 décembre 1638, rapporté par Bardet; Jousse, Ordonnance de 1667, tit. xx, art. 5; Pothier, n° 789.)

C'est que, en effet, le demandeur a, par ses premières conclusions, reconnu lui-même l'infraction qu'il a commise, en ne faisant pas dresser un acte d'une chose, qui, au moment où son droit a pris naissance, excédait la valeur de 150 francs.

Et il ne saurait se soustraire à la peine, qui atteint cette infraction, en réduisant, après coup, comme *pis aller*, dit très-bien M. Larombière, sa demande à une somme, qui n'excède point celle au delà de laquelle la preuve testimoniale est admissible. (T. V, art. 1341, n° 1.)

43. — Notre texte dispose en ces termes :

« *Celui qui a formé une demande* excédant cent cinquante francs.... »

D'où il suit que, en effet, dès que la demande a été formée, elle ne peut plus être restreinte, à aucune époque de l'instance.

Nos anciens auteurs toutefois, sous l'empire des Ordonnances, faisaient une distinction :

La réduction de la somme portée d'abord dans la demande, était-elle faite *in limine litis ?*

Elle était admissible.

Elle n'était inadmissible que lorsqu'elle était faite après contestation en cause, ou après jugement et en cause d'appel. (Comp. Rodier, Quest. 2, sur l'Ordonn. de 1667, tit. xx, art. 2; Danty sur Boiceau, part. I, ch. xiv, n° 14.)

Cette distinction ne saurait être proposée aujourd'hui; d'autant plus que notre Code de procédure, à la différence de l'Ordonnance de 1667, titre xiv, article 13, ne reconnaît plus ce que l'on appelait, à cette époque, *la contestation en cause*. (Comp. Toullier, t. V, n° 13; Larombière, t. V, art. 1343, n° 6.)

44. — Mais du moins, faut-il qu'il y ait *une demande*

formée, portant la chose à une valeur de plus de cent cinquante francs.

Et cette expression : *demande*, implique évidemment dans l'article 1343, un acte ayant un caractère judiciaire, tel qu'une citation en conciliation, une assignation en justice, ou des conclusions signifiées dans le cours de l'instance.

C'est seulement dans un acte extra-judiciaire, dans une simple sommation, par exemple, que le prétendu créancier a porté à 200 francs, la valeur de la chose réclamée contre le prétendu débiteur.

Et ensuite, lorsqu'il forme contre lui une demande en justice, il ne porte cette valeur qu'à 150 francs.

L'article 1343 ne lui sera pas applicable.

Mais pourtant celui-là aussi a restreint sa demande pour être admis à la preuve testimoniale.

Il est vrai !

Aussi, sa ruse, si elle n'est pas déjouée par l'article 1343, pourra bien l'être par l'article 1344 ; car le défendeur, en comparant la sommation avec la demande, pourra être fondé à soutenir que les 150 francs, qui sont réclamés par la demande, font partie des 200 francs qui étaient réclamés par la sommation. (Comp. *infra*, n° 46.)

45. — Toullier a critiqué cette disposition de l'article 1343.

« Il est permis, dit-il, de corriger ses conclusions en tout état de cause.... Qu'importe que la demande fût de 300 francs dans l'origine, dès lors que le créancier la réduit à 150 francs ? La crainte de la subornation des témoins, qui est le grand motif de la défense, cesse dans le cas de réduction, puisque la loi permet la preuve jusqu'à cette somme. »

Et il ajoute que la solution du législateur est d'autant plus rigoureuse que :

« Le demandeur offrirait même inutilement de prouver que sa demande n'était portée à 300 francs que par

erreur, parce qu'on lui répondrait que nulle preuve n'est admise contre la présomption légale, lorsque, sur le fondement de cette présomption, la loi dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire. » (T. V, n° 43)

Mais il nous paraît que ni l'un ni l'autre des deux arguments, sur lesquels Toullier fonde sa critique, n'est suffisant pour la justifier.

D'abord, que la crainte de la subornation ne soit *pas le grand motif* de la prohibition de la preuve testimoniale, c'est là une proposition qui nous est maintrnant, nous l'espérons, bien acquise !

En second lieu, il n'est pas exact, à notre avis, de prétendre que celui qui a formé une demande, excédant cent cinquante francs, ne puisse pas la restreindre, en prouvant qu'il n'a élevé sa demande à ce chiffre, dans ses conclusions primitives, que par suite d'une erreur de fait.

Et au contraire, nous répondons qu'il doit être admis à faire preuve de cette erreur, pour se soustraire à l'application de l'article 1343 :

1° En effet, aux termes de l'article 1356, l'aveu judiciaire peut être révoqué, lorsqu'il est prouvé qu'il a été la suite d'une erreur de fait ;

Or, la disposition de l'article 1343 est fondée sur l'aveu fait par le demandeur dans ses premières conclusions ;

Donc, cette disposition doit cesser de recevoir son application, lorsqu'elle cesse d'avoir une raison d'être par la preuve d'une erreur de fait, d'où résulte la révocation de l'aveu du demandeur.

2° Toullier objecte que cette preuve d'une erreur de fait, dans le cas de l'article 1343, est prohibée par l'article 1352.

Mais vraiment l'article 1352 ne dit pas du tout ce que le savant auteur lui fait dire !

Ce texte porte que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, *elle annule certains actes ou dénie l'action en justice;*

Or, l'article 1343 ne renferme ni l'une ni l'autre de ces dispositions ; il n'annule pas un acte; il ne dénie pas l'action en justice.

Que fait-il seulement?

Il s'oppose à l'admission d'un certain genre de preuve, de la preuve testimoniale;

Donc, la présomption qu'il décrète, ne rentre pas dans les termes de l'article 1352.

Aussi, pour l'y faire rentrer, a-t-il fallu que Toullier changeât le texte de cet article, auquel il fait dire que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, la loi dénie UNE ACTION OU UNE PREUVE!

Ce n'est point là interpréter la loi; c'est la modifier, c'est la refaire! (Comp. Duvergier sur Toullier, *h. l.*, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 431; Colmet de Santerre, t. V, n° 317 *bis*, II; Larombière, t. V, art. 1343, n° 2.)

46. — *c.* — Nous allons trouver, dans l'article 1344, une sanction de notre première règle, toute semblable à celle que l'article 1343 vient de prononcer :

« La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise, lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte, qui n'est point prouvée par écrit. »

Je vous demande 50 fr. comme le restant du prix de 200 fr. de la vente d'une chose, que je prétends vous avoir faite.

Puis-je être admis à la preuve testimoniale?

Non!

Pas plus que je ne pourrais y être admis, si je vous

demandais 50 fr. pour ma part héréditaire dans ce prix de 200 fr. d'une vente, que je prétendrais vous avoir été faite par mon auteur, auquel j'ai succédé pour un quart.

Et pourtant, je n'ai jamais été, moi, créancier, contre vous, que de 50 fr.!

Mais Pothier n'en assimilait pas moins cette seconde hypothèse à la première; et ce fut, en effet, pour maintenir cette assimilation, que le Tribunat demanda que, après les mots : *être le restant,* qui se trouvaient seuls d'abord dans l'article 240 du projet (correspondant à l'article 1344), on ajoutât ceux qui s'y trouvent maintenant : *ou faire partie.* (Comp. Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 286.)

47. — Ces applications de notre règle ont, toutefois, soulevé aussi certaines critiques.

Dans l'ancien droit, Boiceau s'y montrait fort opposé, prétendant qu'on devait, pour la preuve testimoniale, comme pour la compétence, considérer seulement la somme qui était demandée, et non pas la somme qui pouvait être due.... « *Quantum petatur quærundum, est non quantum debeatur.* » (L. 19, § 1, ff. *de jurisdict.*)

A quoi Danty répondait que si, en matière de compétence, on s'attache au chiffre fixé par le demandeur dans ses conclusions, c'est que ce sont les conclusions du demandeur qui déterminent la compétence du juge, lequel doit prononcer sur tout ce qui est demandé, jamais au delà sans doute, mais toujours jusque là.

Tandis que, en matière de preuve testimoniale, on s'attache à la valeur de la chose au moment de la convention, parce que c'est, d'après la valeur de la chose à ce moment, qu'il faut décider si les parties devaient ou ne devaient pas en rédiger un acte écrit. (Additions de Danty, sur Boiceau, ch. XVIII, n° 5; comp. Pothier, n° 790.)

L'avis de Danty prévalut; et telle est aussi la décision de l'article 1344;

Décision très-logique, suivant nous, et très-conforme au principe fondamental de notre matière;

Quoique Duranton, dans le Droit moderne, l'ait, à son tour, dénoncée avec une vivacité, qui ne lui est pas habituelle, *comme une de ces absurdités traditionnelles, dont on trouve*, dit-il, *plus d'un exemple!* (T. XIII, n° 523.)

48. — Les dernières expressions de l'article 1344 : *qui n'est point prouvée par écrit*, semblent être assez difficiles à expliquer.

Le législateur a-t-il voulu dire que si la demande était prouvée par écrit, la preuve testimoniale serait admise?

Évidemment non! car si le demandeur avait une preuve écrite, il n'aurait pas besoin de la preuve testimoniale.

Aussi, cette phrase paraît-elle avoir sérieusement embarrassé Toullier, qui pense qu'il faut, pour lui donner un sens, supposer que le demandeur avait un titre écrit, et que ce titre a été détruit ou perdu. (T. V, n° 47.)

Mais il n'y a, suivant nous, rien de pareil à supposer.

Et le sens, très-naturel, de ces expressions finales de l'article 1344, est expliqué, en effet, très-naturellement par M. Jaubert, dans son Rapport au Tribunat :

« On ne pourrait non plus, disait-il, prétendre à la preuve testimoniale, si la somme de 150 fr. n'était que le restant ou partie d'une créance plus forte, *qui n'aurait pas été prouvée par écrit.* » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 528.)

Oui! d'une créance, qui, étant supérieure à 150 fr. au moment où elle s'est formée, aurait dû être prouvée par écrit, et ne l'aurait pas été; ce qui complète logiquement la disposition de l'article 1344.

49. — Cette déclaration que la somme demandée est le restant ou fait partie d'une créance plus forte, peut émaner :

Soit du demandeur;

Soit des témoins ;

Soit du défendeur.

50. — *a.* — Il se peut d'abord que le demandeur lui-même, de bonne foi, dans l'explication de la cause, sur laquelle il fonde sa créance, le déclare ainsi.

C'est là, de sa part, un aveu, qui ne pourrait pas être sans doute révoqué sous prétexte d'une erreur de droit, s'il venait alléguer, par exemple, qu'il ignorait que cette déclaration allait lui enlever le moyen de la preuve testimoniale.

Mais il pourrait être révoqué, suivant le Droit commun, pour erreur de fait, s'il établissait, par exemple, que la cause, par lui déclarée de sa demande, n'élève pas sa créance au-dessus de 150 fr. (Comp. *Supra*, n° 45.)

51. — *b.* — Mais le demandeur n'a fait aucune déclaration pareille, ni explicite, ni implicite. Soit par erreur, soit par réticence et dissimulation, il a demandé purement et simplement une somme inférieure à 150 fr.; il ne dit rien d'un à-compte qu'il a reçu ; peut-être même sacrifie-t-il une partie de sa créance, pour sauver le restant, au moyen de la preuve testimoniale.

Mais voici que l'enquête ayant été ordonnée, les témoins déclarent que la créance, dont le payement est réclamé pour une somme moindre de 150 fr., s'élevait originairement à une somme plus forte.

Le juge, en présence de ce résultat de l'enquête, devra-t-il condamner le défendeur à payer?

Malleville a répondu affirmativement, prétendant que l'article 1344 se réfère seulement au cas où la déclaration, qu'il suppose, est faite par le demandeur. (*Sur cet article.*)

Mais ce sentiment n'a pas été et ne pouvait pas être suivi :

D'une part, en effet, le texte de l'article 1344, dans sa généralité, comprend aussi bien le cas où la déclaration émane des témoins que celui où elle émane du demandeur ;

Et, d'autre part, le motif essentiel de la loi est le même dans les deux cas. On ne saurait admettre que le demandeur puisse, en trompant la religion des juges, par sa dissimulation, se soustraire à l'application de l'article 1344.

Les juges donc, qui ne sont pas liés par l'interlocutoire, qu'ils avaient d'abord ordonné, devront alors rejeter la demande, sans tenir compte du résultat de l'enquête, si ce n'est précisément pour y trouver la preuve que la somme demandée est le restant ou fait partie d'une créance plus forte, qui aurait dû être prouvée par écrit. (Comp. Toullier, t. V, n° 45; Duranton, t. XIII, n° 323; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 430; Bonnier, n° 159; Colmet de Santerre, t. V, n° 317 *bis*, II; Larombière, t. V, art. 1344, n° 13.)

52. — *c.* — Cette fois, c'est le défendeur, qui, pour écarter de lui la preuve testimoniale, déclare que la somme demandée est le restant ou fait partie d'une créance, qui était originairement plus forte.

Imprudente tactique, et qu'il est même difficile de supposer!

Car voilà, de sa part aussi, un aveu, dont le demandeur ne manquera pas de demander acte, et dans lequel les juges pourront trouver, suivant les cas, sinon toujours une preuve complète, du moins un commencement de preuve par écrit, qui précisément rendrait admissible la preuve testimoniale;

A moins que le défendeur n'ait eu le soin d'ajouter à sa déclaration des réserves, qui écarteraient de lui ces dangers, en la rendant indivisible.

Paul demande à Pierre le payement d'une somme de 150 fr.; et il offre de prouver sa créance par témoins.

A quoi Pierre répond qu'en effet, il a été débiteur de Paul, non pas de 150 fr., mais de 300 fr., et qu'il lui a payé la somme entière.

Puis, il ajoute qu'il résulte de son aveu même que la

preuve testimoniale de la somme de 150 fr. demandée ne serait pas d'ailleurs recevable.

Une déclaration, ainsi conçue, serait, en effet, indivisible. (Art. 1356; comp. Larombière, t. V, art. 1344, n° 21.)

53. — Je prétends que Pierre et Paul me doivent solidairement une somme de 300 fr.

Mais je n'ai pas d'acte écrit constatant ma créance.

Et j'assigne seulement l'un d'eux, ou même je les assigne tous les deux ensemble; mais je conclus séparément, contre chacun d'eux, au payement de sa part virile, c'est-à-dire d'une somme de 150 fr.; et je demande à établir mes deux créances par témoins.

Dois-je y être admis?

La négative nous paraît certaine.

La créance d'un demandeur consiste, bien entendu, dans la somme, au payement de laquelle il peut conclure contre le défendeur lui-même personnellement.

Or, quelle est la somme au payement de laquelle je puis conclure, séparément, contre chacun de mes débiteurs, Pierre et Paul?

C'est la somme de 300 fr. que je prétends qu'ils me doivent solidairement (art. 1200).

Donc, la somme demandée fait partie d'une créance plus forte, qui aurait dû être prouvée par écrit; et cette créance, en effet, valait bien que l'on fît les frais d'un acte.

Vainement je dirais que je renonce au bénéfice de la solidarité.

Ma renonciation ne saurait me soustraire à cette sanction de la loi, qui, en ne me permettant pas la preuve par témoins, me punit de l'infraction que j'ai commise à la disposition impérative de l'article 1341.

54. — Supposons maintenant un cautionnement.

Je prétends que Pierre est mon débiteur principal d'une somme de 300 fr.;

Et que Paul s'est rendu sa caution, envers moi, jusqu'à concurrence d'une somme de 150 fr.

Pourrais-je prouver par témoins, contre Paul, l'existence de ce cautionnement ?

Il faut distinguer :

Non ! si l'existence de la dette principale de 300 fr. n'est pas prouvée par écrit ; car il est vrai alors de dire que la dette accessoire du cautionnement jusqu'à concurrence de 150 fr., fait partie d'une créance plus forte ; et il serait étrange que le demandeur fût admis à la preuve testimoniale contre la prétendue caution, tandis qu'il n'y serait pas admis contre le prétendu débiteur principal.

Oui ! au contraire, si la dette principale est prouvée par écrit ; l'article 1344 cesse alors d'être applicable, puisqu'il ne s'agit plus, entre le demandeur et la prétendue caution, que d'une somme de 150 fr., pour laquelle ils n'étaient pas tenus de passer un acte écrit. (Comp. Larombière, t. V, art. 1344, n° 20.)

55. — Pierre demande 100 fr. à Paul ; et il déclare que cette somme est le reliquat du prix de 200 fr. d'une vente qu'il lui a faite ;

Ou il lui demande 50 fr. ; et il déclare que cette somme fait partie du prêt de 200 francs qu'il a fait à son auteur, dont Paul est héritier pour un quart.

Il ne sera pas reçu à la preuve testimoniale ; c'est l'application directe de l'article 1344 (*supra*, n° 46).

Aussi, Pierre ne s'en tient-il pas là ; il ajoute que Paul a reconnu cette dette de 100 fr. ou de 50 fr., et qu'il a promis de la payer.

Et c'est de cette promesse, que Pierre demande à fournir la preuve par témoins.

Doit-il y être admis ?

Dans l'ancien Droit, Pothier, prévoyant ces deux hypothèses, répondait affirmativement :

« Mais, disait-il, si, dans l'un et l'autre cas, le demandeur offrait la preuve testimoniale, non de la vente

faite pour le prix de 200 livres, non du prêt de 200 livres, mais de la promesse que lui aurait faite le défendeur de lui payer les 60 livres, qui restaient dues du prix de cette vente, ou les 50 livres qui lui étaient dues pour son quart, je pense qu'il devrait être reçu à la preuve; car cette promesse est une nouvelle convention confirmative de la première; et l'objet de cette nouvelle convention n'excédant pas 100 livres, rien n'empêche que la preuve testimoniale en puisse être admise. » (N° 790.)

Cette solution a été généralement admise dans le Droit nouveau. (Comp. Toullier, t. V, n° 45; Duranton, t. XIII, n° 323; Marcadé, art. 1344, n° 4; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 431; Bonnier, n° 159.)

Et nous y adhérons tout à fait.

M. Larombière, toutefois, la conteste; et d'après le savant auteur, l'allégation de cette simple promesse ou reconnaissance ne suffirait pas pour autoriser le demandeur à en faire la preuve par témoins.

La créance originaire s'élevant à 200 fr., ne pouvait pas être établie par la preuve testimoniale, même après le fait qui l'avait réduite à 100 fr. ou à 50 fr.;

Or, la reconnaissance par le défendeur de la créance ainsi réduite, et la promesse faite par lui de la payer, ne changent pas la créance elle-même, ni sa cause, ni son objet;

Donc, elles ne sauraient changer non plus le mode de preuve qui lui est applicable; et la preuve par témoins, qui n'était pas possible avant, ne doit pas être non plus possible après.

D'où M. Larombière conclut que la preuve testimoniale ne serait possible que dans le cas où une novation serait intervenue entre les parties, conformément à l'article 1271 ou à l'article 879 (t. V, art. 1344, n°s 14-16).

Mais nous ne pensons pas que cet argument soit assez fort pour renverser l'ancienne doctrine :

1° En effet, l'article 1341 n'ordonne de passer un act

écrit que pour les choses qui excèdent la valeur de 150 fr. (autrefois 100 livres);

Or, au moment où le défendeur reconnaissait devoir 100 fr. ou 50 fr., et promettait de les payer, la dette, par lui reconnue, n'excédait pas cette somme;

Donc, il n'y avait pas nécessité légale d'en passer acte et de faire, pour une aussi modique valeur, les frais d'un écrit.

Si un acte écrit en avait été passé, il ferait preuve, bien entendu; et apparemment on ne prétendrait pas que cet acte renferme une convention sans cause!

Eh bien! si cette convention nouvelle, par laquelle le défendeur s'est obligé à payer les 100 fr. ou les 50 fr. restant dus, aurait pu être prouvée par écrit, elle doit pouvoir être aussi prouvée par témoins.

Car il ne s'agit pas de la convention elle-même au fond.

Il ne s'agit que de la preuve.

2° Supposez que le demandeur, lorsqu'il a reçu cette reconnaissance et cette promesse de payement du défendeur, lui ait accordé un terme.

Dira-t-on que la preuve de cette nouvelle convention ne pourra pas être faite par témoins?

Cela paraît bien impossible! et M. Larombière, en effet, ne le dit pas, puisqu'il admet, en cas pareil, l'application de l'article 879 (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 261).

Or, la concession d'un terme n'opère pas novation.

3° C'est que véritablement il n'est pas nécessaire que cette reconnaissance faite par le débiteur, constitue une novation, pour que la preuve testimoniale en soit admissible.

La reconnaissance seule y suffit; et de même qu'elle interrompt la prescription (art. 2248), elle est susceptible d'être prouvée par témoins.

56. — Il nous serait également impossible de nous

ranger à la doctrine de M. Larombière, dans une espèce qu'il emprunte à Duranton, et sur laquelle il combat sa solution.

« M. Duranton, dit-il, suppose une vente faite moyennant un prix supérieur à 150 fr., sur lequel l'acquéreur a payé comptant une partie, qui réduit la somme restée due, à un chiffre inférieur. Il se demande si, dans ce cas, l'article 1344 est applicable ; et il se prononce pour la négative, par la raison que, en réalité, la dette n'a jamais été, par l'effet du payement comptant, que d'une somme n'excédant pas 150 fr. »

Et M. Larombière ajoute :

« Cette opinion nous paraît inadmissible. » (T. V, art. 1344, n° 17.)

Nous devons dire qu'elle nous paraît, au contraire, très-juridique :

La loi, en effet, n'a pas voulu imposer aux parties la nécessité de faire les frais d'un acte écrit, lorsque leur convention, au moment où elle est formée, ne crée qu'une obligation inférieure à 150 fr. ; tel est le vrai sens de l'article 1341 ;

Or, si la convention dont il s'agit, avait pour objet une chose d'une valeur supérieure à 150 fr., elle ne faisait naître finalement, au moment où elle se formait, qu'une obligation d'un chiffre inférieur à cette somme ;

Donc, il n'y avait pas, pour les parties, nécessité légale d'en passer acte.

C'est par le même motif, dans un autre ordre d'idées, que, dans le cas d'une convention synallagmatique, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1325, qui exige que l'acte sous seing privé, qui en est dressé, soit fait double, si l'une des parties a entièrement exécuté ses obligations, au moment où la convention s'est formée (comp. le tome VI de ce *Traité*, n° 399 ; Marcadé, art. 1344, n° III ; Bonnier, n° 159).

57. — Ce qui résulte d'ailleurs de l'article 1344, c'est qu'il suffit, pour que la preuve testimoniale soit inadmissible, que la chose, qui est l'objet de la convention, excède 150 fr., lors même que la demande à laquelle cette convention donne actuellement lieu, serait inférieure à cette somme.

Paul forme, contre Pierre, une demande en délivrance d'une chose, qu'il prétend que celui-ci lui a vendue pour 300 fr.

Pierre reconnaît l'existence de la vente; mais il prétend que le prix en est de 400 fr.

La contestation, qui divise les parties, ne porte donc, en réalité, que sur une valeur de 100 fr.

La preuve testimoniale devra-t-elle être admise?

Non, sans doute.

Mais, pourtant, l'objet de la demande n'est finalement que de 100 fr.!

Oui, l'objet de la demande.

Mais l'objet de la convention alléguée, est de 300 ou 400 fr.

Or, quel que soit celui des deux chiffres, que l'on admette, cette convention, du moment où elle a été formée, aurait dû être rédigée par écrit (comp. Duranton, t. XIII, n° 318; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 432).

58. — Pareillement, lors même que la demande serait inférieure à 150 fr., la preuve testimoniale ne doit pas être admise, si la conséquence que la partie veut en déduire, présente un intérêt qui dépasse cette somme.

Nous en avons fourni des exemples, auxquels l'article 1344, qui fait en ce moment l'objet de notre étude, est, en effet, applicable (comp. *supra*, n°s 17-19; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 433; Larombière, t. V, art. 1344, n° I).

59. — *d.* — L'article 1345 est ainsi conçu :

« Si, dans la même instance, une partie fait plusieurs

demandes, dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps, si ce n'était que ces droits procédassent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes. »

Paul forme une demande contre Pierre, à fin de payement de plusieurs dettes, dont il est, dit-il, tenu envers lui, à savoir : 1° d'une somme de 100 fr., pour un prêt, qu'il lui a fait le 1er février ; 2° d'une somme de 50 fr., pour un autre prêt, qu'il lui a fait le 1er mars ; 3° d'une somme de 100 fr. pour toute autre cause, pour le prix de la vente d'une chose, par exemple, qu'il lui a faite le 1er avril.

Paul peut-il être admis à la preuve testimoniale de chacune de ces trois créances, qu'il prétend avoir contre Pierre ?

Non !

Mais pourquoi donc ?

Le total de ces créances réunies, s'élevant à 250 fr., dépasse sans doute la limite dans laquelle la preuve testimoniale est admissible.

Mais précisément, il n'y a pas lieu de les réunir ni de les considérer, en masse, comme une seule créance, puisqu'elles ont été contractées pour des causes différentes et en des temps différents.

Rien ne s'oppose, en effet, à ce que le même débiteur contracte verbalement, envers le même créancier, plusieurs dettes séparées et distinctes, dès qu'aucune d'elles n'excède la valeur de 150 fr. ; et il semble que ces dettes doivent pouvoir être établies, séparément et distinctement, par la preuve testimoniale, puisque le créancier n'est en faute, à l'égard d'aucune d'elles, considérée isolément, pour n'avoir pas fait rédiger un acte écrit.

Cette objection est très-sérieuse; et à ne consulter que la logique, la conclusion, qui en résulte, paraîtrait irrésistible.

Aussi, avait-elle été admise, sous l'empire de l'Ordonnance de Moulins, qui ne contenait à cet égard aucune prohibition spéciale.

Les auteurs les plus accrédités n'y faisaient même aucun doute. (Comp. Boiceau, liv. I, ch. XVIII, nos 11-12.)

Et la pratique était conforme à la doctrine.

60. — Cependant, l'Ordonnance de 1667 introduisit, pour ce cas, une disposition spéciale, prohibitive de la preuve par témoins.

Tel fut l'objet de l'article 5 du titre XX, qui se trouve reproduit, à peu près littéralement, dans notre article 1345.

Cette innovation fut toutefois vivement combattue; le premier président Lamoignon notamment s'y montra fort opposé, prétendant *qu'elle était contre le droit et contre l'usage,* si, par exemple, il est dû 300 livres *pour diverses causes, que la preuve en soit différente, que les témoins et les lieux le soient aussi.*

Mais le rédacteur de l'Ordonnance, M. Pussort, défendit ce projet, en répondant que si on ne réduisait toutes les demandes ensemble, on ne manquerait pas de témoins affidés pour déposer.

A quoi le président de Novion ajouta que les procès qui se font pour différentes causes peuvent être joints pour la plus grande facilité, et *que cette multiplicité d'actions était contraire à la présente réformation.* (Comp. *Procès-verbal de l'Ordonnance de* 1667, p. 220.)

61. — Les mêmes critiques, qui avaient accueilli l'article 5 du titre XX de l'Ordonnance de 1667, ont été renouvelées contre l'article 1345.

« M. Pussort, s'écrie Toullier, ne donna au premier président Lamoignon qu'une réponse évasive; il dit qu'il s'agissait, dans l'article, d'empêcher que, par le

moyen *de deux faux témoins, l'on ne se rendît maître du bien des hommes ;* crainte absolument illusoire dans le cas proposé, puisque les témoins sont différents sur chaque chef de demande au-dessous de 100 livres, aujourd'hui de 150 francs. » (T. V, nº 48.)

Nous croyons que ces critiques ne sont pas fondées, et que la disposition, que les rédacteurs du Code ont empruntée à l'Ordonnance de 1667, peut être, au contraire, justifiée par des raisons décisives :

1° Nous avons reconnu que, après avoir posé, dans l'article 1341, la règle qui prohibe la preuve testimoniale de toute chose excédant la valeur de cent cinquante francs, le législateur avait le devoir d'en assurer efficacement l'application, et de déjouer les fraudes, au moyen desquelles on pourrait entreprendre de s'y soustraire ;

Or, tel est précisément le but de la disposition de l'article 1345, comme aussi des articles 1342, 1343 et 1344. (Comp. *supra*, nº 36.)

« Autant aurait valu, disent MM. Aubry et Rau, rayer du Code la prohibition de la preuve testimoniale en matière excédant 150 francs, que d'admettre cette preuve à l'appui de la réclamation de celui qui serait venu prétendre que sa demande, quoique supérieure à 150 francs, se compose de créances distinctes, dont chacune est inférieure à cette somme. » (T. VI, p. 436.)

C'est en ce sens que M. Bigot-Préameneu disait que *les témoins ne méritent pas plus de foi sur la cause ou sur l'époque de la dette que sur la dette elle-même, et que c'eût été un moyen facile d'éluder la loi.* (Exposé des motifs, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 406-407.)

2° Le premier président Lamoignon, dans ses objections, supposait toujours que *les témoins étaient différents* pour chacune des dettes isolément prises. (*Supra*, nº 60.)

Et c'est toujours aussi dans cette supposition que Toullier raisonne, sans jamais supposer que les

mêmes témoins puissent être produits pour établir l'existence de ces dettes prétendues multiples et distinctes.

Il est possible pourtant que le demandeur produise les mêmes témoins pour établir l'existence des différentes dettes, dont il réclame le payement.

Faudra-t-il distinguer entre les deux cas, pour admettre la preuve testimoniale, si les témoins sont différents, et pour la rejeter, si les témoins sont les mêmes!

On ne trouve, ni dans l'ancien Droit, ni dans le Droit nouveau, aucune trace de cette distinction, qui serait une complication de plus dans une matière, qui n'est pas déjà très-simple!

3° Que devait donc faire le législateur?

Il devait s'attacher à la règle fondamentale, qu'il venait de poser, savoir : qu'il doit être passé acte de toutes choses excédant la valeur de 150 francs, sous peine de ne pouvoir en établir la preuve par témoins;

Or, du jour où Paul devenait créancier de Pierre d'une somme totale excédant 150 francs, il devait en passer un acte écrit.

Il n'était pas en faute pour la première dette, qui ne s'élevait qu'à 100 francs.

Sans doute!

Pas plus que pour la seconde dette, qui ne s'élevait qu'à 50 francs.

Mais, dès que la troisième dette, qui était de 100 francs, portait le total à 250 francs, il devait en être passé un acte écrit.

Et voilà comment l'article 1345 est la conséquence logique et la sanction nécessaire de l'article 1341. (Comp. Pothier, n° 792.)

62. — Cette explication du motif, sur lequel il est fondé, détermine aussi l'étendue d'application, qu'il comporte.

Il est clair, en effet, que l'article 1345 ne sera pas ap-

plicable, lorsque le demandeur n'aura pas contrevenu à la disposition de l'article 1341, c'est-à-dire lorsqu'il ne sera pas en faute pour n'avoir pas fait dresser un acte écrit de l'une des dettes, dont le montant cumulé excède le chiffre de 150 francs.

Le législateur en fournit lui-même l'exemple dans notre texte.

C'est bien pour cela, en effet, qu'il dispose que la preuve testimoniale sera admissible, dans le cas où ces dettes procéderaient par succession, donation ou autrement, de personnes différentes.

Pierre avait prêté verbalement une somme de 100 francs à Paul.

De son côté, Jules avait aussi prêté verbalement à Paul une somme de 100 francs.

Pierre devient héritier de Jules ; et le voilà, en conséquence, créancier de Paul, d'une somme de 200 francs, savoir : de 100 francs qu'il lui a prêtés, et de 100 francs, que Jules, son auteur, lui a prêtés aussi.

Il pourra néanmoins être admis à prouver par témoins l'une et l'autre dette.

Car aucune infraction n'a été commise à la règle de l'article 1341 : ni par lui, ni par son auteur, puisque chacun d'eux n'a jamais été créancier que de 100 francs, et qu'au moment où lui, Pierre, devenait, par le décès de Jules, créancier de Paul, d'une somme totale de 200 francs, il ne pouvait pas s'en procurer une preuve par écrit.

Ces mots du texte : *ou autrement*, prouvent d'ailleurs qu'il faut appliquer cette disposition au cas où les dettes, qui procèdent de personnes différentes, se trouvent réunies sur la même tête, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, comme par une cession-transport; il n'y a pas, en effet, de motif de différence entre les deux cas. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 318 *bis*, II.)

63. — A plus forte raison, l'article 1345 ne serait-il

pas applicable, s'il y avait *un titre par écrit* de l'une des dettes.

C'est aussi ce que le texte déclare.

Il faut même ajouter qu'un simple commencement de preuve par écrit suffirait.

Telle était la disposition expresse de l'article 5 du titre xx de l'Ordonnance de 1667, qui portait que :

Si, dans une même instance, la partie fait plusieurs demandes, *dont il n'y ait point de preuve ou commencement de preuve par écrit....*

Or, il nous paraît certain que le législateur de notre Code, malgré cette différence de rédaction entre l'article de l'Ordonnance et l'article 1345, n'a pas eu l'intention de modifier l'ancien droit, ni de se montrer plus sévère.

En effet, l'article 1345 est la sanction de l'article 1341; et il n'est, par conséquent, applicable que dans les mêmes cas, où l'article 1341 est lui-même applicable; or, d'après l'article 1347, l'article 1341 n'est pas applicable, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

Cette dette, qui n'est pas soumise à la règle prohibitive de la preuve testimoniale, fût-elle d'un chiffre bien supérieur, de 1000 francs, de 10 000 francs, qu'elle pourrait être prouvée par témoins !

Il est donc d'évidence qu'elle ne saurait être comprise dans l'addition des différentes dettes, dont le montant cumulé peut rendre la preuve testimoniale inadmissible, d'après l'article 1345.

Et cela peut expliquer comment le rédacteur de cet article n'y a pas mentionné une exception spéciale pour les chefs de demande, qui seraient appuyés d'un commencement de preuve par écrit; puisqu'il existe, en ce qui concerne ces chefs de demande, une exception générale dans l'article 1347. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 624-625 ; Duranton, t. XIII, n° 324 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 437; Larombière, t. V, art. 1345, n° 13.)

64. — Que l'on doive aussi faire abstraction, dans l'évaluation des différentes demandes, qui sont jointes ensemble, de celles des dettes qui, d'après l'article 1348, peuvent être exceptionnellement prouvées par témoins, cela est incontestable.

Telle est la conséquence nécessaire de notre prémisse. (*Supra*, n° 62.)

65. — Il faut en dire autant de celles des dettes qui, en raison de leur nature commerciale, peuvent être prouvées par témoins (art. 1341, Code Napol.; art. 109, Code de comm.).

66. — Faut-il distinguer si celles des dettes, dont la preuve testimoniale est exceptionnellement admissible, sont postérieures ou antérieures à celles auxquelles aucune des exceptions, qui précèdent, n'est applicable?

J'avais prêté verbalement à Paul une somme de 100 francs.

Et, ensuite, je deviens son créancier d'une somme de 100 francs pour cause, par exemple, de dépôt nécessaire.

Dans ce cas, évidemment, je pourrai prouver, par témoins, l'une et l'autre de ces créances : la première, en vertu de l'article 1341; la seconde, en vertu de l'article 1348.

Mais renversons l'hypothèse.

J'étais créancier de Paul d'une somme de 100 francs pour cause de dépôt nécessaire.

Et ensuite, je lui prête verbalement une somme de 100 francs.

Pourrais-je, cette fois, être admis à la preuve testimoniale de l'une et de l'autre de ces créances, qui montent ensemble à 200 francs?

Duranton a écrit que la solution affirmative ne serait pas sans difficulté, si le demandeur avait connu l'existence de la première créance, à l'époque où la seconde a pris naissance. (T. XIII, n° 124.)

Mais nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de s'arrêter à cette distinction de l'origine antérieure ou postérieure des créances, dont la preuve testimoniale est exceptionnellement admissible.

Le demandeur, il est vrai, dans le second cas, pouvait se procurer une preuve par écrit de la seconde créance.

Il le pouvait; et encore bien entendu, seulement dans le cas où il connaissait déjà l'existence de la première créance.

Mais, même dans ce cas, le devait-il? était-il dans l'obligation de passer un acte de sa seconde créance?

Nullement! suivant nous; car, sachant que sa première créance n'était pas comprise dans la disposition des articles 1341 et 1345, il n'avait pas à en tenir compte pour fixer le montant de la somme au delà de laquelle il devait passer un acte écrit.

Les deux créances peuvent donc cette fois encore être prouvées par témoins : la première, en vertu de l'article 1348; la seconde, en vertu de l'article 1341. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 437; Larombière, t. V, art. 1345, n° 14.)

67. — Mais supposons ceci :

Je deviens héritier de Pierre, qui avait prêté verbalement 100 francs à Paul.

Et, ensuite, je prête moi-même verbalement à Paul une somme égale, 100 francs.

Pourrais-je prouver par témoins l'une et l'autre créance?

Il semblerait, d'après la solution qui précède, qu'il faut répondre affirmativement; et telle est, en effet, pour ce cas, la réponse de Duranton lui-même, qui enseigne, non pas, croyons-nous, sans quelque contradiction avec sa réponse précédente, que d'après les termes généraux de l'article 1345, ces deux créances procédant de personnes différentes, par succession, peuvent être, l'une et l'autre,

prouvées séparément par témoins. (T. XIII, n° 325; comp. Marcadé, art. 1345.)

Notre avis est pourtant que cette hypothèse est différente de celle que nous venons de résoudre (*supra*, n° 66).

Dans celle qui vient d'être résolue, l'un des chefs de demande était, par lui-même, par sa propre nature, en dehors de la prohibition de la preuve testimoniale;

Tandis que, dans l'hypothèse actuelle, les deux chefs de demande sont également, l'un et l'autre, compris dans cette prohibition.

Le jour donc où je suis devenu héritier de Pierre, qui avait prêté verbalement cent francs à Paul, je me suis trouvé dans la même situation que si je les lui avais prêtés moi-même.

Et, par conséquent, si ensuite, je prête encore, moi-même, cent francs à Paul, je dois passer un acte écrit.

La vérité est que, dans ce cas, les deux dettes ne procèdent pas de personnes différentes, dans le sens exact de l'article 1345.

Qui est-ce qui était le créancier des cent francs d'abord prêtés par mon auteur à Paul?

C'était moi, désormais, après le décès de Paul.

Et, puisque c'est moi aussi qui ai prêté encore cent francs à Paul, les deux dettes procèdent, en réalité, de la même personne.

Si mon auteur, après avoir prêté d'abord verbalement cent francs à Paul, lui avait ensuite prêté encore cent francs verbalement, il n'aurait pas pu en faire la preuve par témoins.

Or, je suis, comme héritier, au lieu et place de mon auteur.

Et la preuve de ces deux prêts, qu'il n'aurait pas pu faire, je ne puis pas la faire plus que lui.

Seulement, il faut bien que nous admettions, dans ce cas, que notre solution ne serait pas applicable, si le

demandeur ignorait l'existence de la première créance, au moment où la seconde a pris naissance. (Comp. Larombière, t. V, art. 1345, n° 15; Colmet de Santerre, t. V, n° 318 *bis*, III.)

68. — Toullier propose cette hypothèse :

« Paul avait, sur Jean, deux créances de cent cinquante francs chacune, formées en des temps différents, pour des causes différentes, en présence de témoins différents. Il meurt. La première des créances échoit à l'un des héritiers; la seconde, à l'autre; ou bien Paul a légué l'une des créances à Jacques, et l'autre à Pierre. »

« Chacun de ces créanciers pourra-t-il, en formant séparément sa demande, être admis à la preuve par témoins? »

Et le savant auteur répond :

« Nous n'en saurions douter! » (T. V, n° 52; comp. Rodier, *Ordonnance de* 1667, tit. xx, art. 5.)

Cette solution, pourtant, nous paraît tout à fait inadmissible :

1° Parce que les héritiers ou successeurs quelconques du créancier ne sauraient avoir plus de droit que celui dont ils sont les ayant cause, et qu'il n'est pas exact de prétendre, ainsi que le fait Toullier, que l'obligation de passer un acte pour une valeur excédant cent cinquante francs, *était personnelle à leur auteur;* c'est là, au contraire, en quelque sorte, la manière d'être de la créance elle-même, d'après sa nature intrinsèque;

2° Parce que, s'il en était ainsi, rien ne serait plus facile que d'éluder la prohibition écrite dans l'article 1341, puisqu'il suffirait de fractionner la prétendue créance, en la léguant, ou même en la transportant à plusieurs cessionnaires. (Comp. Marcadé, art. 1345; Larombière, t. V, art. 1345, n° 17.)

69. — C'est une question controversée, et qui peut paraître, en effet, délicate, que celle de savoir si la prohibition de la preuve testimoniale, dans le cas prévu par

l'article 1345, s'applique seulement à l'ensemble des demandes réunies ?

Ou si, au contraire, elle s'applique également à chacune d'elles en particulier ?

On a soutenu, avec beaucoup de force, que l'article 1345 ne prohibe la preuve testimoniale que pour le total des demandes additionnées ensemble, et que cette solution résulte, soit de son texte, soit des principes de cette matière :

1° En effet, dit-on, après avoir supposé que plusieurs demandes, jointes ensemble, excèdent la somme de cent cinquante francs, le texte ajoute : la preuve par témoins *n'en peut être admise ;* construction de phrase, qui montre la pensée du législateur se portant sur l'ensemble des demandes, sur les demandes jointes, auxquelles se rapporte grammaticalement l'expression *en*; d'où il suit que ce que la loi prohibe, c'est la preuve testimoniale de toutes les demandes réunies.

2° Le motif de la loi explique d'ailleurs très-bien son texte.

Le demandeur ne doit être empêché d'employer la preuve testimoniale, qu'à l'égard de celles de ses créances seulement pour lesquelles il est en faute de n'avoir point passé un acte ; à l'égard de celles-là sans doute, mais point des autres, pour lesquelles il n'est pas en faute.

Paul avait, le 1er mars, prêté à Pierre cinquante francs verbalement.

Et, le 1er avril, il lui prête, encore verbalement, cent cinquante francs.

Que Paul ne soit pas admis à la preuve testimoniale de la somme totale de deux cents francs, à laquelle s'élèvent ces deux chefs de demande réunis, cela est très-logique ; c'est l'application textuelle de l'article 1345.

Mais devra-t-il être admis à la preuve testimoniale de chacune de ses créances en particulier, séparément ?

On a répondu :

Oui! pour la première, celle de cinquante francs.

Non! pour la seconde, celle de cent cinquante francs.

Pourquoi?

Parce qu'il n'est pas en faute pour la première;

Et qu'il est en faute pour la seconde.

Pour la première, qui est de cinquante francs, il n'avait point à passer un acte.

La faute n'a existé que pour la seconde, qui, bien que n'étant elle-même que de cent cinquante francs, portait le total de ses créances à deux cents francs.

Ce n'est donc que pour cette seconde créance que Paul est en faute; ce n'est, dès lors, que pour cette seconde créance, en effet, que la preuve testimoniale devra lui être refusée, et non pour la première; *car il serait difficile de justifier pourquoi la partie, qui avait le droit de prouver, par témoins, certaines conventions, perdrait ce droit, parce qu'elle aurait été en faute à l'égard de conventions postérieurement faites.* (Colmet de Santerre, t. V, n° 318 *bis*, IV, et 319 *bis*, V, VI, VII.)

Nous ne pensons pas, toutefois, que cette doctrine soit juridique; et, à notre avis, la prohibition de la preuve testimoniale, dans l'article 1345, s'applique, non pas seulement à l'ensemble des chefs de demandes réunies, mais aussi à chacun de ces chefs en particulier :

1° En effet, si le texte vise seulement l'ensemble des divers chefs de demandes réunies, c'est que, d'après le motif essentiel de la loi, ces divers chefs n'en forment, à ses yeux, qu'un seul! La loi les additionne; et, sans tenir compte de la différence alléguée des causes et des temps, elle ne s'arrête qu'au chiffre total.

Les témoins, disait le tribun Jaubert, ne méritent pas plus de foi pour les causes et pour les époques de la dette que pour le principal de la dette elle-même (comp. *supra*, n° 61).

C'est-à-dire que la loi se défie de cette décomposition

de la somme unique et totale, qui dépasse la limite, au delà de laquelle la preuve testimoniale n'est pas admise, en plusieurs sommes particulières et distinctes, qui ne la dépassent pas; elle craint que ce ne soit là un moyen d'échapper à la prohibition.

Or, il est clair que si telle est la raison de la loi, chacun de ces chefs de demande en particulier, ne peut pas plus être prouvé par témoins que l'ensemble de ces demandes réunies.

2° Il nous paraît d'ailleurs inexact de prétendre que le demandeur, dans l'exemple cité plus haut, est en faute seulement à l'égard de la seconde créance, et point à l'égard de la première.

Le jour, en effet, où la seconde créance est née, à son profit, contre le même débiteur, qui était déjà tenu envers lui de la première, ce jour-là, le créancier a été obligé de passer un acte.

Pour quelle créance?

Pour la seconde seulement?

Évidemment non!

Il a été tenu de passer un acte pour la première, tout autant que pour la seconde.

Paul, après avoir prêté d'abord 50 francs à Pierre, le 1er mars, lui prête ensuite, le 1er avril, 150 francs.

Il n'est tenu alors, dit M. Colmet de Santerre, de passer un acte que pour cette seconde créance.

Il n'en est pas tenu pour la première créance.

Mais vraiment si! il en est tenu pour l'une comme pour l'autre; car c'est précisément la jonction de l'une et de l'autre, qui produit, ce jour-là, l'obligation de passer un acte de la somme totale qui en résulte; or, cette somme totale se compose des deux créances!

Et, quand notre savant collègue ajoute que Paul ne doit pas perdre le droit qu'il avait de prouver par témoins son premier prêt de 50 francs, parce qu'il a fait ensuite au même débiteur un second prêt de 150 francs;

Nous répondons que le droit de prouver par témoins le premier prêt de 50 francs fait par lui à Pierre, n'était pas acquis à Paul d'une manière absolue et définitive, mais en tant seulement qu'il ne deviendrait pas créancier de Pierre d'une somme plus forte et excédant 150 francs. (Comp. Cour d'assises du Loiret, 6 nov. 1843, Frappa, Dev., 1844, II, 62; Curasson, *Compétence des juges de paix*, t. I, p. 120; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 436.)

Nous allons trouver encore, du reste, un nouvel argument contre cette doctrine dans l'article 1346, auquel nous arrivons.

70 — *c.* — Il est ainsi conçu :

« Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, « qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, « seront formées par un même exploit, après lequel les « autres demandes, dont il n'y aurait point de preuve « par écrit, ne seront pas reçues. »

Cet article reproduit la disposition de l'article 6 du titre XX de l'Ordonnance de 1667, comme l'article 1345 reproduit la disposition de l'article 5 de ce titre (*supra*, n° 59). Les articles 5 et 6 de l'Ordonnance, de même que les articles 1345 et 1346 du Code, forment, en effet, une seule et même règle; et le second n'est que la conséquence logique du premier.

C'est ce que M. Bigot-Préameneu, *dans l'Exposé des motifs*, expliquait très-bien en ces termes :

« Enfin, il avait été prévu que, pour ne pas se présenter à la justice comme formant à la fois plusieurs demandes excédant la somme pour laquelle il doit y avoir preuve par écrit, on parviendrait à diviser la dette, en faisant les demandes successivement et par instances séparées. La loi a encore prévenu ce subterfuge, en déclarant que toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seraient pas entièrement justifiées par écrit, seraient formées par un même exploit, après lequel les

autres demandes, dont il n'y aurait pas de preuve par écrit, ne seraient pas reçues. » (Locré, *Législ. civ.*, t. XII, p. 407.)

Tel est donc, d'après le législateur lui-même, le caractère déterminé et le but défini de l'article 1346. Cet article se lie à l'article 1345 ; il en est la conséquence et la sanction.

Voilà, suivant nous, l'explication véritable de l'article 1346.

71. — Une autre explication, toutefois, a été présentée.

On reconnaît bien que l'article 1346 a pour but de prévenir les fraudes au moyen desquelles le demandeur entreprendrait d'échapper à la règle édictée par l'article 1345.

Mais on ajoute qu'il a encore un autre but, et qu'il pose, en outre, une règle nouvelle, distincte de la règle, que l'article 1345 a posée.

Ce but, c'est, dit-on, de prévenir la multiplicité des petits procès, et d'économiser le temps et les frais dans l'intérêt privé des parties, comme aussi dans l'intérêt public de la société.

Cette thèse, qui avait commencé déjà à se produire sous l'Ordonnance de 1667, d'après le témoignage de Jousse (sur l'article 6 du titre xx), est aujourd'hui soutenue par plusieurs jurisconsultes des plus autorisés.

Les conséquences en seraient graves ! c'est pourquoi nous voulons de suite les mettre en relief et montrer combien les solutions à déduire de l'article 1346 seront différentes, suivant que l'on admettra l'une ou l'autre de ces explications.

Ainsi, d'après les promoteurs de la seconde explication, l'article 1346 est applicable dans des cas où l'article 1345, au contraire, n'est pas applicable :

1° Lors même que les différents chefs de demande

procèdent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes;

2° Lors même que le montant cumulé des divers chefs de demandes n'excède pas 150 francs;

3° Lors même que les demandes ont pour objet des droits et créances, dont la preuve testimoniale est admise exceptionnellement, en vertu de l'article 1348;

4° Lors même que les demandes ou l'une d'elles s'appuieraient sur un commencement de preuve par écrit, en vertu de l'article 1347;

5° Lors même que les chefs de demandes seraient d'une nature commerciale.

Or, nous avons vu que, tout au contraire, l'article 1345 n'est applicable dans aucune de ces hypothèses. (*Supra*, n° 62.)

Sur quels arguments donc est-il possible de fonder une interprétation pareille, dont le résultat est de détruire, à ce point, l'harmonie et l'unité de ces deux textes et de briser complétement la corrélation étroite, qui paraît les unir?

On répond que cette interprétation résulte :

Soit de la généralité absolue du texte de l'article 1346, qui comprend *toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit*, c'est-à-dire dont il n'existera pas une preuve littérale complète;

Soit du but que le législateur s'est proposé d'obvier à la multiplicité des procès. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 624-625; Duranton, t. XIII, n° 327; Marcadé, art. 1347, n° 6; Bonnier, n° 162; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 437-438; Colmet de Santerre, t. V, n° 319 *bis*, I et II.)

72. — Mais ces arguments ne sont point, à notre avis, suffisants pour justifier la doctrine, que l'on prétend en déduire.

Et nous croyons que l'article 1346 est, tout autant

que l'article 1345, inapplicable dans les cinq hypothèses, que nous venons d'énumérer :

1° Et d'abord, le législateur n'a témoigné, en aucune manière, cette intention, qu'on lui prête, d'établir, dans l'article 1346, une règle nouvelle, indépendante de la règle qu'il venait d'établir dans l'article 1345, une règle tout à fait étrangère à la matière de la preuve testimoniale, dans laquelle il décrétait cet article.

M. Bigot-Préameneu présentait, au contraire, l'article 1346 uniquement comme la sanction adéquate de l'article 1345. (*Supra*, n° 70.)

On objecte que, lors de l'Ordonnance de 1667, le président de Novion a dit que « les procès, qui se font pour différentes causes, peuvent être joints, pour plus grande facilité; que cette multiplicité d'actions était contraire à la présente réformation. » (Comp. le procès-verbal des conférences sur l'Ordonnance de 1667, discussion sur le titre XVIII du projet, art. 4.)

Cette observation sans doute est exacte; et il est vrai que les dispositions prohibitives de la preuve testimoniale ont aussi pour but de prévenir les longueurs et les frais des contestations nombreuses, qui pourraient en naître. Mais elle n'a rien de spécial à la disposition de l'article 1346; c'est le caractère commun de tous les articles, qui organisent le régime de cette espèce de preuve. (Comp. *supra*, n° 7.)

Ce qui résulte donc de ceci, c'est que l'article 1345 et l'article 1346 sont le produit d'une même règle, et que ces deux textes doivent être interprétés l'un par l'autre, de manière à maintenir l'harmonie dans cette théorie, dont ils sont, tous les deux, la commune expression.

2° Les partisans de la doctrine, que nous combattons, argumentent de ces mots de l'article 1346 : « .... Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, *qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit....* » ;

Or, disent-ils, une demande, qui est rendue seulement vraisemblable par un commencement de preuve par écrit, n'est pas une demande entièrement justifiée par écrit;

Donc, l'article 1346 est applicable même aux demandes, qui sont appuyées sur un commencement de preuve par écrit.

Et cette première déduction étant une fois admise, il est impossible de ne pas l'admettre pour tous les autres cas, dans lesquels la demande n'est pas non plus entièrement justifiée par écrit. (*Supra*, n° 70.)

Nous répondons que l'on attache à ces mots de l'article 1346 un sens exagéré, et que le législateur n'a pas entendu leur donner; car, s'il l'avait fait ainsi, il aurait lui-même, au lieu de la concordance qu'il voulait établir entre ces deux textes, établi la plus manifeste contradiction !

Aussi, tel n'est pas du tout, à notre avis, le sens de cette phrase incidente de l'article 1346 ; et la preuve en résulte soit de l'article 1345, soit de l'article 1346 lui-même :

De l'article 1345 ; cet article dispose, en termes formels, que « si, dans la même instance, une partie fait plusieurs demandes, *dont il n'y ait point de titre par écrit...* » ;

Or, pourrait-on dire aussi, une demande, rendue seulement vraisemblable par un commencement de preuve par écrit, n'est point une demande, dont il y ait un titre par écrit;

Donc, la demande appuyée seulement sur un commencement de preuve par écrit, est comprise dans la disposition de l'article 1345.

Elle n'y est pas comprise pourtant ! c'est ce que nous avons décidé, d'accord avec les partisans de la doctrine, qui prétend que cette demande est comprise dans l'article 1346.

En quoi, ils nous paraissent se contredire.

Est-ce qu'il y a, en effet, une différence sérieuse entre ces mots de l'article 1345 : *dont il n'y a point de titre par écrit*, et ces mots de l'article 1346 : *qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit?*

Non, suivant nous.

Et la preuve va en résulter de l'article 1346 lui-même, qui définit, dans ses derniers termes, ce qu'il appelle, dans les premiers, une demande qui ne sera pas entièrement justifiée par écrit.

Comment la définit-il?

Une demande, DONT IL N'Y AURA POINT DE PREUVE PAR ÉCRIT;

C'est-à-dire dans les mêmes termes que l'article 1345!

Il faut donc reconnaître que, malgré certaines variantes dans la rédaction, la pensée des deux articles est la même.

Ce n'est pas tout!

Aux termes de l'article 1347, *les règles ci-dessus* reçoivent exception, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit;

Or, la règle écrite dans l'article 1346, se trouve comprise dans les règles auxquelles se réfère l'article 1347.

Aussi, a-t-il fallu, dans le système que nous combattons, soutenir que l'article 1347 ne s'appliquait pas à l'article 1346.

Pourquoi donc?

Parce que, dit-on, l'article 1346 n'existait pas d'abord dans le projet; qu'il n'y a été ajouté qu'après la rédaction de l'article 1347; *et qu'il est dès lors permis de présumer que la Section de législation aura oublié, en l'insérant dans le Code, de faire à l'article 1347 le changement, que cette insertion devait amener.* (Aubry et Rau, sur Zachariæ, *loc. supra cit.*)

Mais nous ne saurions admettre un tel argument; c'est la loi telle qu'elle a été finalement votée, dans son ensemble, que nous devons appliquer; et en présence des

termes absolus de l'article 1347, il nous paraît impossible d'ajouter : *excepté l'article* 1346!

C'est pourquoi nous maintenons notre conclusion, en décidant que l'article 1346 se lie à l'article 1345, et qu'ils ne sont, ni l'un ni l'autre, applicables dans les cinq hypothèses que nous avons énoncées.

Cette conclusion, qui nous paraît juridique, a encore, sur l'autre doctrine, cet avantage qu'elle prévient les conséquences souvent très-dures, que celle-ci entraînerait. (Comp. Larombière, t. V, art. 1345-1346, nos 19 et suiv.)

73. — J'ai deux créances contre Paul : l'une, qui est exigible; l'autre, qui ne l'est pas; le terme, sous lequel elle a été contractée, n'est pas encore échu.

L'article 1346 est-il applicable? et suis-je obligé de former mes deux demandes, par un même exploit?

La solution affirmative, si singulière peut-être qu'elle puisse paraître, ne résulte-t-elle pas pourtant de la rigueur logique des principes?

L'article 1346, avons-nous dit, se lie à l'article 1345; il en est la sanction; inapplicable sans doute, quand l'article 1345 est inapplicable; mais aussi, en sens inverse, applicable, quand l'article 1345 est applicable.

Or, l'article 1345 est applicable à toutes les créances, sans distinction entre celles qui sont exigibles et celles qui sont inexigibles; il est l'application de l'article 1341; et ces deux articles n'admettent et ne pouvaient admettre en effet une telle distinction; le jour où vous devenez créancier du même débiteur d'une somme totale supérieure à 150 francs, que cette somme se compose de plusieurs créances, les unes exigibles, les autres à terme, il n'importe, vous devez en passer acte;

Donc, l'article 1346 est aussi applicable aux créances inexigibles comme aux créances exigibles.

Telle est, en effet, la conclusion, que d'éminents auteurs enseignent. (Colmet de Santerre, t. V, n° 319 *bis*, III; Larombière, t. V, art. 1345-1346, n° 21.)

Si la conclusion est exacte pour les créances à terme, elle le sera aussi pour les créances conditionnelles; et c'est ce que M. Larombière décide également. (*Loc. supra.*)

Tout en reconnaissant que cette argumentation semble logique, il nous est impossible de ne pas trouver étrange et très-singulière en effet, la solution, qui en résulte; nous nous figurons difficilement que le législateur ait entendu comprendre, dans l'article 1346, les demandes de créances inexigibles, soit que le terme n'en soit pas encore échu, soit que la condition sous laquelle elles ont été contractées, se trouve encore en suspens :

1° Est-ce que le texte lui-même d'abord n'y résiste pas? « *Toutes les demandes....* dit-il, *seront formées...* »;

Or, on ne forme pas, on ne peut pas former une demande pour ces créances, avant l'échéance du terme ou avant l'accomplissement de la condition;

Donc l'article 1346, en ce qui concerne ces créances, n'est pas susceptible d'exécution.

C'est bien là ce que reconnaissent les partisans de la doctrine contraire; et ils ajoutent que le créancier devra du moins, *mentionner, dans sa demande des sommes échues, les sommes non échues.*

Mais nous voilà en dehors du texte de la loi et de la condition même, qu'elle exige; et ce procédé d'équivalent peut bien paraître arbitraire!

2° On se récrie qu'il est indispensable pour que la sanction décrétée par l'article 1346, soit efficace.

Mais le législateur, en établissant cette sanction, n'a pas pu avoir la prétention de lui faire produire des effets, auxquels son caractère essentiel résiste; M. Bonnier remarque, avec raison, que, en parlant *des demandes formées, il s'est tenu dans les termes du bon sens pratique*, qui nous dit tout naturellement que l'on ne forme point une demande pour des créances non échues. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 327; Toullier, t. VI, n° 50; Marcadé, art. 1346, n° 3; Bonnier, n° 162.)

74. — Supposons même que les demandes soient de nature à être portées devant des tribunaux différents.

Dira-t-on que l'article 1346 sera aussi applicable?

On a été jusque-là, en effet; et M. Larombière enseigne que « le demandeur sera tenu de réunir fictivement toutes les demandes devant chacune des juridictions, qui peuvent en être saisies, afin de mettre le juge à même de vérifier l'admissibilité de la preuve testimoniale. » (T. V, art. 1346, nos 10 et 22.)

Mais, en vérité, comment satisfaire, surtout en cas pareil, à la condition même que la loi exige! comment former de telles demandes *par un même exploit!* (Comp. *supra*, n° 73; Toullier, t. VI, n° 50; Bonnier, t. IV, p. 165.)

75. — Ce n'est pas que nous prétendions que ces mots : *par le même exploit*, doivent être pris à la lettre.

Il est clair qu'ils sont, dans l'article 1346, synonymes de ces mots de l'article 1345, auxquels ils se refèrent : *dans la même instance*, et que la partie peut former ses demandes, soit par le même exploit, soit par des actes distincts, d'exploits d'huissier, de significations d'avoué à avoué, ou de conclusions notifiées.

Mais toujours faut-il que ce soit, en effet, dans la même instance.

76. — Est-il besoin d'ajouter que l'article 1346 n'est pas applicable aux créances, qui n'auraient pris naissance que postérieurement à l'introduction de la première action du demandeur?

Cela est d'évidence!

La seule question qui puisse s'élever, est de savoir si l'on admettra comme vrai, jusqu'à preuve contraire par le défendeur, l'allégation non justifiée du demandeur.

Vous venez dire que, depuis la demande en justice que vous avez été dans la nécessité de former contre Paul pour établir, au moyen de la preuve testimoniale, une créance que vous aviez acquise verbalement contre lui, vous avez encore traité, verbalement, avec ce même Paul;

et cela, mêm... pendant le procès sur votre première
...

Est-ce vraisemblable ?

Non, a-t-on répondu. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 844.)

Mais, pourtant, où est le texte, qui commande de ne plus traiter que par écrit, même pour une somme inférieure à 150 francs, avec celui qui a nié, une première fois, sa dette?

Il n'y en a pas.

Reste donc le principe que c'est au défendeur, qu'incombe la charge de prouver, contre l'allégation du demandeur, l'existence des moyens, qui sont de nature soit à faire rejeter son action, soit à rendre la preuve testimoniale inadmissible.

C'est aux juges qu'il appartient d'avoir tel égard que de raison aux circonstances de l'espèce, et de déclarer, s'il y a lieu, l'article 1346 applicable, lorsqu'il résulte de l'enquête que les créances n'ont pas, comme le demandeur l'alléguait, une origine postérieure à l'introduction de l'instance engagée. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 327; Marcadé, art. 1346, n° 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 439-440; Larombière, t. V, art. 1346, n° 23.)

77. — Une dernière question nous reste à résoudre sur cette disposition de l'article 1346.

Quelle en est la sanction?

J'avais formé, en 1876, une demande de 140 francs, contre Paul; et j'ai été admis à la preuve testimoniale.

En 1877, je forme une autre demande de 140 francs, contre le même Paul ; et il est établi, de quelque manière que ce soit, par mon aveu même peut-être, que le chef de cette seconde demande existait déjà à mon profit, contre Paul, quand j'ai formé ma première demande.

Est-ce seulement la preuve testimoniale, qui me sera refusée?

Est-ce ma demande elle-même, qui doit être déclarée non recevable?

Quelques auteurs enseignent que la sanction de notre texte ne consiste pas seulement dans le rejet de la preuve testimoniale invoquée à l'appui des demandes non justifiées par écrit, qui seraient ultérieurement formées, *mais dans la non-recevabilité de ces demandes elles-mêmes;* c'est, d'après eux, une déchéance, par suite de laquelle la convention se trouve annulée, et la partie privée du droit, qui en résultait pour elle.

Telle est, disent-ils, la conséquence nécessaire de la formule, par laquelle l'article 1346 consacre cette sanction :

« .... après lequel, LES AUTRES DEMANDES, *dont il n'y aurait point de preuve par écrit, ne seront pas reçues.* »

Ce n'est donc point la preuve testimoniale qu'il prohibe; ce sont les autres demandes, que l'on voudrait ensuite former.

Et ils ajoutent qu'on ne doit pas oublier, en effet, qu'il s'agit d'une mesure tendant à simplifier les procès, et, par conséquent, prescrite d'une manière absolue. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 440; Marcadé, art. 1346, n° 4; Bonnier, n° 163.)

Nous ne pensons pas, pour notre part, que le législateur ait entendu consacrer une doctrine aussi rigoureuse; et, à notre avis, la sanction de l'article 1346 consiste uniquement dans la prohibition de la preuve testimoniale pour les autres demandes, qui seraient ensuite formées, sans que ces demandes elles-mêmes puissent être déclarées non recevables; la voie demeurant ouverte à tous les autres modes de preuves, et notamment interrogatoire sur faits et articles et au serment :

1° Il est vrai que la formule de l'article 1346 semble favoriser d'abord l'interprétation, que nous combattons.

Mais cette formule doit être interprétée suivant la règle générale, *secundum subjectam materiam*, d'après les

principes essentiels de la matière, dans laquelle elle est employée.

Or, ce mode d'interprétation, qui est le vrai, va nous amener à reconnaître que, en employant, dans l'article 1346, le mot : *demandes*, le législateur n'a porté sa pensée que sur le mode de preuve à l'aide duquel on prétendrait établir les autres demandes, c'est-à-dire uniquement sur la preuve testimoniale.

En effet, c'est un principe fondamental de notre matière que la règle posée dans l'article 1341, qui prohibe la preuve testimoniale pour toute chose excédant la valeur de 150 francs, ne concerne nullement le fond du droit et la validité de la convention elle-même ; laquelle, au contraire, quoique non justifiée par écrit, peut être établie par tous les autres moyens de preuves ;

Or, les articles 1345 et 1346 ne sont que l'application de l'article 1341 ;

Donc, ils ont le même caractère, et ne vont pas au delà.

Cette démonstration apparaît d'une manière irrésistible, suivant nous, par le rapprochement de l'article 1345 et de l'article 1346.

Nous avons reconnu que l'article 1345 n'est pas applicable à celles des demandes, pour lesquelles le créancier peut invoquer un autre genre de preuve que la preuve testimoniale (*Supra*, nos 60 et suiv.); d'où il suit que les demandes, qu'il n'a pas jointes à ses premières demandes, et qu'il forme ultérieurement, ne sont rejetées qu'au point de vue de la preuve testimoniale, et que, s'il invoque un autre mode de preuve, il est recevable à l'employer; voilà l'article 1345 ;

Or, l'article 1346 n'est lui-même que la sanction de l'article 1345 ;

Donc, il ne prononce, comme l'article 1345, que la prohibition de la preuve testimoniale, et non point la non-recevabilité absolue de la nouvelle demande.

Ainsi entendus, les articles 1344, 1345 et 1346 présentent une théorie très-concordante; tandis que l'interprétation contraire la remplit de contradictions.

2° On objecte que, précisément, l'article 1346 pose une règle nouvelle et différente de la règle sur laquelle les autres articles de cette section sont fondés; il a pour but de prévenir la multiplicité des procès.

Cet argument ne saurait nous atteindre, puisque nous n'avons pas admis que l'article 1346 contienne une règle différente de la règle fondamentale de l'article 1341, dont les articles suivants, 1342, 1343, 1344 et 1345 ne sont, comme l'article 1346, que le développement.

Mais, en admettant même que le législateur eût posé incidemment, par un véritable hors-d'œuvre, une règle nouvelle dans l'article 1346, nous ne croyons pas que cette règle dût avoir cette conséquence exorbitante d'entraîner la nullité d'une convention et la déchéance absolue d'un droit!

«S'il s'agit de diminuer les procès, dit M. Colmet de Santerre, cette considération est-elle assez puissante pour déclarer déchu de son droit celui qui n'a pas observé l'article 1346? et l'économie des frais n'est-elle pas obtenue par la prohibition de l'enquête, c'est-à-dire de la partie la plus coûteuse de la procédure?» (T. V, n° 319 *bis*, IV.)

Voilà ce que pense de cet argument l'un des jurisconsultes les plus autorisés, parmi ceux-là même qui enseignent que l'article 1346 a posé une règle nouvelle, différente de la règle posée par l'article 1345. (Comp. Toullier, t. V, n° 49; Duranton, t. XIII, n° 328; Larombière, t. V, art. 1346, n° 12.)

II

Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes.

SOMMAIRE.

78.—Voici, pour cette fois, une règle nouvelle, distincte de la règle que nous venons d'exposer, quoique le Code de 1804, à l'exemple des Ordonnances de 1566 et 1667 les ait réunies toutes les deux dans un seul texte (art. 1341).

C'est la prééminence de la preuve littérale sur la preuve testimoniale! (Comp. *supra*, nos 2 à 5.)

Règle tout à la fois logique et nécessaire.

Quoi de plus logique, en effet, que de présumer, lorsque les parties prennent le soin de passer un acte écrit de leur convention et en font les frais parfois assez considérables, qu'elles y constatent, exactement et complétement, toutes les clauses, conditions ou modalités qui la constituent! c'est précisément pour cela qu'elles écrivent, afin de bien préciser et d'arrêter définitivement la preuve des droits et des obligations, que leur convention devra produire : ni plus; — ni moins; — ni autrement! — ce qui est, en effet, l'un des grands avantages de la preuve *préconstituée.*

Nous ajoutons : Règle nécessaire aussi; car ce serait tromper la plus légitime attente des parties, que d'admettre la preuve testimoniale contre et outre l'acte écrit, qu'elles ont fait, d'un commun accord, dans l'intention même presque toujours d'écarter cette espèce de preuve.

A un point de vue plus élevé encore, dans l'intérêt général de la société, qui ne voit combien la menace des preuves testimoniales, suspendue, en quelque sorte, sur tous les actes écrits, ébranlerait la foi qui leur est due, et qu'elle jetterait l'incertitude dans celles des relations sociales, qui précisément reposent sur l'une des bases les plus solides du droit civil, *sur les actes écrits!*

79. — Le motif même, que nous venons d'en fournir, suffit à démontrer que cette règle est applicable, sans qu'il y ait à distinguer si la chose, qui fait l'objet de la convention, est d'une valeur supérieure ou inférieure à 150 fr.

C'est ce que porte d'ailleurs formellement notre texte

« Encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. »

On peut même ajouter que, dans le cas où il s'agit d'une valeur moindre de 150 fr., la règle se trouve d'autant mieux justifiée, puisque la preuve testimoniale étant alors permise, la rédaction d'un acte écrit n'était pas

légalement obligatoire; les parties donc, en rédigeant un acte et en faisant, pour cela, des frais, qu'elles auraient pu économiser, ont ainsi, de plus en plus, témoigné leur volonté d'exclure la preuve testimoniale contre la preuve littérale de leur convention.

79 *bis*. — Il est aussi tout d'abord d'évidence que cette seconde règle implique que l'acte écrit, qui est produit, fait, par lui-même, pleine foi de son contenu.

Ce qu'elle défend, en effet, c'est d'entreprendre d'attaquer *par la preuve testimoniale, la preuve littérale*, qui en résulte et d'aller contre.

Donc, il faut que cet acte forme, lui-même, une preuve littérale complète, à l'appui de laquelle la partie, qui le présente, n'ait rien à ajouter. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 442; Larombière, t. V, art. 1341, n° 24.)

80. — Mais quels sont les faits juridiques, dont la la preuve testimoniale est prohibée par cette seconde règle?

Et dans quels cas est-on fondé à dire que la preuve testimoniale offerte par l'une des parties, irait contre et outre le contenu à l'acte?

Il en sera certainement ainsi, toutes les fois que cette preuve testimoniale tendrait à établir que la convention n'a pas été conclue primitivement, à son origine, telle que l'acte écrit la constate, et que la preuve aurait pour résultat soit de diminuer ou d'augmenter, soit de modifier, d'une manière quelconque, les droits et les obligations, qui résultent de la convention, d'après les termes mêmes, où l'acte écrit prouve qu'elle a été consentie.

Que vous alléguiez une inexactitude dans la rédaction, une omission, une erreur involontaire, ou une simulation concertée, il n'importe! dès que votre allégation est en contradiction avec l'acte.

L'acte porte que je vous ai prêté une somme de 100 fr.; et vous demandez à prouver que je ne vous ai prêté que

80 francs, ou bien que cette somme de 100 francs vous a été remise par moi, non point à titre de prêt, mais à titre de dépôt; ce serait demander à prouver *contre l'acte.*

Votre allégation, en effet est en contradiction directe avec l'énonciation de l'acte même.

Ce serait demander à prouver *outre l'acte,* si l'acte portant que vous payerez à quatre pour cent les intérêts de la somme que je vous ai prêtée, je demandais à prouver par témoins que vous m'avez promis des intérêts à cinq pour cent.

L'acte ne porte pas la concession d'un terme; il ne porte pas qu'un certain lieu ait été spécialement convenu pour le payement.

Pouvez-vous prouver par témoins que, par cette convention même, telle qu'elle a été formée à son origine, un terme vous a été accordé, ou qu'un lieu de payement a été convenu?

Non encore! ce serait prouver, tout à la fois, contre et outre le contenu à l'acte. (Comp. Pothier, nº 794; Cass., 13 mars 1872, Romagnier, Dev., 1873, I, 66.)

81. — Et peu importe la période de temps à laquelle se rapportent les allégations, que l'une des parties élève contre ou outre les énonciations de l'acte.

Elle vient dire que, *avant l'acte*, dans les pourparlers et les négociations, qui ont précédé sa rédaction, telle clause a été convenue.

Elle vient dire que, *lors de l'acte*, pendant sa rédaction, cette clause a été convenue.

Elle vient dire que, *depuis l'acte,* après sa rédaction, telle explication, telle interprétation d'une clause qui y est écrite, ayant été exprimée par elle, a été acceptée par l'autre partie.

Peu importe, disons-nous, la période de temps à laquelle la partie veuille placer ces conventions ou explications, dès que ces conventions ou explications vont,

en effet, contre et outre la teneur même de l'acte, tel qu'il a été rédigé.

Avant? — Pourquoi donc alors ne les a-t-on pas écrites dans l'acte!

Pendant? — L'objection est bien plus décisive encore!

Ce que prouve donc le silence de l'acte, ou même la contrariété de ses énonciations avec celles qu'on lui oppose, c'est que celles-ci n'ont pas prévalu et qu'on ne s'y est pas arrêté.

Et quant à ce qui aurait été dit *depuis l'acte,* quant aux interprétations et aux commentaires, que l'une des parties prétendrait en avoir donnés avec l'adhésion de l'autre partie, ils ne sauraient ouvrir passage à la preuve testimoniale, en tant, nous le répétons, qu'elle tendrait à établir la preuve d'une convention, en quoi que ce soit, différente de la convention telle que l'acte constate qu'elle a été consentie.

Ce serait encore prouver, contre et outre le contenu à l'acte.

82. — Mais nous arrivons à une question délicate.

La prohibition de la preuve testimoniale, qui résulte de cette seconde règle, s'applique-t-elle également aux faits postérieurs à l'acte : soit qu'ils aient pour résultat d'éteindre les obligations, qui en résultent, comme le payement ou la remise; soit qu'ils aient pour résultat de les modifier ou de les transformer, comme la transaction ou la novation?

L'une des parties vient dire :

Cet acte, qui constate la convention conclue entre nous, je l'accepte tout entier; et j'y reconnais, en effet, exactement et complétement, notre convention telle que nous l'avons consentie.

Ce que je soutiens, c'est que, postérieurement à cette convention, un fait nouveau, un fait principal s'est produit :

Soit que je vous ai payé une somme, dont l'acte me

constituait débiteur, ou que vous m'en avez fait remise;

Soit que nous avons fait une seconde convention, modificative de la première, par laquelle vous m'avez accordé un terme, ou consenti la réduction des intérêts de cinq pour cent à quatre pour cent.

La preuve testimoniale soit de ce payement ou de cette remise, soit de cette seconde convention modificative de la première, sera-t-elle admissible?

83. — Cette question est depuis longtemps agitée.

Dans l'ancien Droit romain, il paraît que la maxime : *contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur*, n'avait pas pour conséquence d'empêcher la preuve testimoniale des faits juridiques postérieurs à la convention. (Comp. *supra*, n° 5.) Justinien, il est vrai, décida, par sa Constitution (14, au Code *de Testibus*), que le payement d'une dette prouvée par écrit, ne pourrait être aussi prouvé que par écrit; mais cette Constitution est généralement considérée comme une innovation; et l'Empereur lui-même, du reste, en tempérait la rigueur, en admettant que la preuve par écrit pourrait être remplacée par la déposition de cinq témoins irréprochables.

Pareillement, dans la première période de notre ancien Droit français, vers le dix-septième siècle, les commentateurs de l'Ordonnance de Moulins admettaient la preuve testimoniale du payement d'une dette constatée par écrit, du moins lorsque la dette était inférieure au taux légal de cent livres; et ce n'est que plus tard, vers le dix-huitième siècle, que la jurisprudence et la pratique se formèrent dans un sens contraire.

Mais Pothier désapprouvait ce revirement; et il qualifiait cette jurisprudence nouvelle de *mauvaise interprétation de l'Ordonnance* (n° 799).

Jousse, que l'on a opposé à Pothier, n'exprime pas lui-même un sentiment différent; car s'il n'admet pas la preuve testimoniale du payement d'une dette constatée

par écrit, c'est dans l'hypothèse où cette dette excède le taux légal, au delà duquel cette preuve n'est pas admissible, d'après le droit commun (sur l'art. 2 du titre xx de l'Ordonn. de 1667; comp. Merlin, Répert., vº *Preuve*, sect. II, § 3, art. I, nº 20).

84. — Cette controverse dure encore.

Et trois systèmes sont en présence :

a. — Le premier admet, sans distinction, la preuve testimoniale de tous les faits juridiques postérieurs à la convention constatée par l'acte : non-seulement donc du payement ou de la remise, mais encore de toute convention nouvelle modificative de la convention primitive.

b. — Le second rejette, sans distinction, la preuve testimoniale de tous les faits juridiques postérieurs : non-seulement donc d'une nouvelle convention modificative de la première, mais encore du payement ou de la remise.

c. — Et d'après le troisième, il faut distinguer :

La preuve testimoniale du payement ou de la remise doit être admise.

La preuve testimoniale d'une convention nouvelle, modificative de la première convention constatée par écrit, doit être rejetée.

85. — *a.* — Le premier système restreint, disons-nous, la prohibition de la preuve testimoniale aux allégations, aux dires, par lesquels l'une des parties prétendrait apporter à la convention, telle qu'elle est constatée par l'acte, des changements contemporains de cette convention et d'une origine concomitante à sa formation.

Il invoque le texte de la loi, son motif essentiel, et les principes généraux :

1º L'article 1341, en prohibant la preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, a certainement en vue la preuve, qui tendrait à établir que la convention constatée par un acte, n'y a pas été fidèlement et complétement reproduite.

Telle est la seule règle, qu'il pose.

Et quand il ajoute que la preuve testimoniale ne sera pas non plus reçue *de ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes,* il ne pose pas une règle nouvelle, distincte de celle qu'il vient de poser ; il ne fait que l'expliquer.

C'est bien ainsi que l'entendait Pothier, qui exprime en ces termes seulement, *ce second principe,* dans l'intitulé de l'*article* III de son chapitre II :

« *Que la preuve testimoniale n'est pas admise contre un écrit, ni outre ce qui y est contenu.* » (N° 793.)

Et ce n'est qu'à titre d'explication, dans le cours de son Commentaire, qu'il ajoute ces mots de l'Ordonnance : *ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis.*

Avoir été DIT ! c'étaient les termes de l'Ordonnance de 1667 ; différents des termes de l'Ordonnance de 1566, qui portait :

« *Ni sur ce qui serait allégué avoir été dit* OU CONVENU « *avant icelui, lors, ou depuis.* »

Or, ce mot : *convenu,* qui aurait pu paraître équivoque, fut supprimé dans le texte de l'Ordonnance de 1667.

Et il n'a pas été reproduit par le texte de notre Code.

Reste donc seulement le mot :... « *avoir été* DIT... » qui exprime bien la pensée du législateur se référant uniquement aux pourparlers, aux explications, ou commentaires, qui ont précédé, accompagné ou suivi la rédaction de l'acte écrit.

Cette proposition est d'évidence pour les deux premiers mots : *avant ou lors* de l'acte.

Or, il doit en être de même du dernier mot : *depuis ;* car les trois expressions forment une phrase unique, dont le sens est indivisible ; elles se rapportent à la même prohibition, c'est-à-dire à celle qui interdit la preuve testimoniale, en tant qu'elle entreprendrait d'in-

troduire, dans la convention, à son origine, des changements, qui iraient contre l'acte et outre l'acte.

2° Le motif essentiel sur lequel le texte est fondé, exige, en effet, qu'il soit ainsi entendu.

Pourquoi la preuve testimoniale est-elle prohibée de ce qui serait allégué avoir été dit *avant, lors, ou depuis ?*

Pothier en donne l'explication :

« Puisqu'on avait dressé un acte, dit-il, *la partie doit s'imputer de n'y avoir point fait exprimer ce qu'elle allègue aujourd'hui.* » (N° 794.)

Or, la partie apparemment n'a pas à s'imputer de n'avoir pas fait exprimer, dans l'acte, lorsqu'il a été rédigé, les faits juridiques, qui n'ont eu lieu que postérieurement à sa rédaction, soit un payement ou une remise, soit une nouvelle convention, modificative de la première.

3° Enfin, dit-on, cette doctrine est conforme aux principes généraux du droit.

Les systèmes dissidents prétendent que, lorsqu'une convention a été constatée par un acte écrit, ce n'est désormais aussi que par un acte écrit que pourra être constaté soit le payement ou la remise de la dette, que l'acte constate, soit la convention nouvelle, qui la modifie.

Mais une telle exigence n'est écrite dans aucun texte ! et elle ne tendrait à rien moins qu'à restreindre arbitrairement la sphère, dans laquelle les différents modes de preuves peuvent se produire, et la liberté que la loi elle-même assure, sous ce rapport, aux parties.

Est-ce que si l'acte, qui constate la convention, est authentique, il faudra aussi un acte authentique pour prouver les faits juridiques postérieurs, qui l'auraient anéantie ou modifiée ?

Cela serait impossible à soutenir.

Mais alors pourquoi l'exclusion de la preuve testimo-

niale, quand elle se présente dans les conditions où elle est admissible d'après le droit commun !

Il faudrait donc aussi exclure la compensation, entre une dette qui serait prouvée par un acte, et une dette, qui ne pourrait être prouvée que par témoins.

De telles conséquences démontrent le vice du système d'où elles dérivent.

C'est que ces faits juridiques, postérieurs à la convention constatée par l'acte, sont eux-mêmes des faits principaux, distincts de cette convention, et auxquels sont applicables, en conséquence, les différents modes de preuves, d'après le droit commun.

Tel est le premier système, qui est soutenu par notre honorable collègue, M. Colmet de Santerre (t. V, n° 315 *bis*, XX).

Quoique nous ne l'adoptions pas, il nous a paru intéressant de le mettre en relief; parce que c'est un système bien construit, et dont la conclusion devient irrésistible, si on lui concède sa prémisse.

86. — *b*. — Les partisans du second système répondent ainsi :

1° La disposition finale de l'article 1341 est conçue dans les termes les plus généraux. Elle décrète, non pas une seule règle, mais deux règles distinctes, qui ne font pas double emploi.

D'après la première, on n'est pas admis à prouver par témoins l'existence d'inexactitudes ou d'omissions, qui auraient eu lieu dans la rédaction de l'acte.

D'après la seconde, on n'est pas admis à prouver par témoins l'existence de modifications, qui auraient été apportées verbalement à la convention constatée par cet acte.

D'où il résulte que le texte même de la loi prohibe la preuve testimoniale de l'allégation de tout fait juridique, qui serait en contradiction avec les énonciations, que l'acte renferme : non-seulement donc d'une convention

postérieure, qui aurait modifié la convention primitive, mais encore d'un payement ou d'une remise.

Le voici cet acte, qui vous constitue débiteur d'une somme de 150 francs envers Paul; et Paul demande, contre vous, l'exécution de l'obligation, dont il renferme la preuve toujours subsistante.

Que vous lui opposiez un payement ou une remise, ou une convention postérieure modificative de la première, il est évident que vous demandez à prouver contre ou outre cet acte!

Donc, toute preuve par témoins d'un fait juridique, en contradiction avec le fait dont l'acte continue toujours à faire preuve, doit être déclaré inadmissible, quelle que soit la date, qu'on lui assigne.

2° Ils ajoutent que la distinction, que l'on voudrait établir entre l'allégation d'une convention nouvelle, qui contredit directement les énonciations de l'acte, et l'allégation des faits, qui, comme le payement ou la remise, sont seulement destinés à exercer quelque influence sur l'existence ou l'exécution des obligations que l'acte constate, est plus subtile que sensée.

Le législateur, en effet, a dû assurer, d'une façon sérieuse, la protection par laquelle il garantit les citoyens contre les dangers de la preuve testimoniale; et il ne pouvait pas permettre de faire indirectement ce qu'il défend de faire directement.

Or, la règle, qui défend la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes et sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, serait facilement éludée, s'il était permis d'arriver à la preuve testimoniale par cette voie détournée. Celui que cet acte constitue débiteur envers Paul d'une somme de 150 fr. pour cause de prêt, ne demanderait pas à prouver qu'il n'a pas reçu la somme; il demanderait à prouver qu'il l'a payée, ou que Paul lui en a fait la remise; et cela, quand Paul, le créancier, aurait toujours la possession de son titre!

Donc, il était indispensable de décider, d'une manière absolue, que la preuve testimoniale d'aucun fait, quel qu'il soit, n'est admissible, dès que ce fait est en contradiction avec les énonciations de l'acte.

Mais alors on ne pourra donc, quand on sera obligé *par un acte écrit*, prouver sa libération que par *des quittances écrites ?*

Oui, sans doute ! répond ce système ; et c'est précisément là le grand avantage, dit-il, de sa conclusion, qui met les créanciers à l'abri des dangers, si fort à craindre, des prétendues *quittances verbales !* (Comp. Merlin, Répert., v° *Preuve*, sect. 11, § 3, art. 1, n° 20 ; Favard, Répert., v° *Preuve*, § 1, n° 7 ; Mourlon, *Revue critique*, 1854, t. IV, p. 114 ; Larombière, t. V, art. 1341, n° 29.)

87.—*c.* — Voici maintenant le troisième système que, pour notre part, nous croyons devoir proposer.

S'agit-il d'une convention postérieure, modificative de la convention primitive ?

La preuve testimoniale n'est pas admissible contre l'acte, qui constate celle-ci.

Et elle est, au contraire, admissible, s'il ne s'agit que d'un pur fait d'exécution de l'obligation constatée par cet acte, tels que le payement ou la remise, sans que ce fait ait créé une nouvelle obligation au profit du demandeur :

1° Nous adhérons donc, sur le premier point, aux arguments par lesquels le second système a, suivant nous, démontré que, lorsque le fait juridique dont la preuve testimoniale est demandée, est en contradiction avec les énonciations de l'acte, cette preuve ne doit pas être admise, quelle que soit la date que le demandeur assigne à ce fait, antérieure, concomitante ou postérieure à la rédaction de l'acte.

Mais, quand ce système prétend que la prohibition de la preuve testimoniale comprend aussi les simples faits d'exécution de l'obligation que l'acte constate, nous

croyons qu'il méconnaît une distinction non pas, comme il le dit, subtile et peu sensée, mais très-réelle et très-juridique.

Un acte écrit constate que je vous ai fait un bail d'une durée de trois ans.

Et vous offrez de prouver par témoins que, postérieurement à la rédaction de cet acte, il a été convenu verbalement que e bail serait d'une durée de cinq ans.

Que cette preuve testimoniale ne soit pas recevable, nous le croyons tout à fait; car vous vous heurtez ainsi de front aux énonciations formelles de l'acte lui-même. (Comp. Cass., 27 janv. 1812, Sirey, 1812, I, 184; Cass., 10 mai 1842, Schmitt., Dev., 1842-I-797; Cass., 17 mai 1876, Dubanne, le *Droit*, du 22 juin 1876.)

Mais, au contraire, vous offrez de prouver par témoins que vous m'avez payé, tel jour, pour un terme de votre loyer, une somme de 100 fr.

Pourquoi donc la preuve testimoniale ne serait-elle pas recevable ?

Est-ce que, dans ce cas, vous demandez à prouver contre ou outre les énonciations de l'acte ?

Nullement !

« Le débiteur, disait très-bien Pothier, en demandant à prouver ce payement, ne demande pas à prouver une chose contraire à l'acte qui renferme son obligation; il convient de tout ce qui y est contenu » (n° 799).

Supposez encore que l'acte, qui constate un prêt fait par Paul à Pierre, constate, en même temps, que Jules s'est rendu caution *simple* de Pierre envers Paul.

Est-ce que Pierre pourrait prouver par témoins que, postérieurement à cet acte, Jules s'est rendu caution *solidaire ?*

Non ! suivant nous.

Objectera-t-on que cette nouvelle convention étant postérieure à la rédaction de l'acte, les parties n'ont pas pu l'y insérer ?

Sans doute !

Mais elles pouvaient rédiger un nouvel acte pour constater cette nouvelle condition, qui dérogeait à la première convention, telle que l'acte la constatait.

Au contraire, que Jules, caution simple, offre seulement de prouver qu'il a payé au créancier une somme de 100 fr. en l'acquit du débiteur principal; la preuve testimoniale en sera admissible, d'après le droit commun; car cette allégation d'un payement, loin d'avoir rien de contraire à l'énonciation de l'acte, en est la reconnaissance et l'exécution.

2° Nous ajoutons, avec M. Bonnier, que, dans une matière toute pratique, il faut particulièrement tenir compte des considérations pratiques; or, dit justement notre savant collègue, il est d'usage, lorsque les parties modifient leur convention, d'en faire mention sur le titre; tandis qu'il en est autrement du payement qui, surtout pour des sommes aussi faibles, est souvent offert instantanément, sans que le créancier ait son titre sur lui (n° 144; comp. Delvincourt, t. II, p. 623; Duranton, t. XIII, n° 334; Marcadé, art. 1341, n°s 5 et 6; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 543).

88. — Cette doctrine, une fois admise, ne saurait souffrir de difficulté, lorsque la somme principale n'excède pas 150 fr.; c'était l'hypothèse dans laquelle, en effet, Pothier se plaçait pour l'admettre (n° 799).

Mais la dette principale est de 300 fr.

Pouvez-vous demander à prouver par témoins que vous avez payé 100 fr. ou 150 fr., soit à-compte, soit pour solde de cette dette ?

Nous croyons qu'il faut, même dans ce cas, répondre affirmativement.

D'une part, en effet, la preuve testimoniale est admise pour toute chose dont la valeur n'excède pas cette somme; c'est notre première règle;

Et, d'autre part, si notre seconde règle prohibe la

preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis, nous venons d'établir qu'elle ne comprend pas les simples faits d'exécution de l'obligation, tels que le payement; or, il s'agit ici d'un payement.

Opposera-t-on l'article 1344 ?

Mais il suffit de lire les termes de cet article pour constater qu'il vise une hypothèse différente de la nôtre, et qu'il ne saurait être étendu à celle-ci.

Ce qui serait vrai seulement, c'est qu'il pourrait y avoir lieu d'appliquer l'article 1345, si, en fait, les juges reconnaissaient que le débiteur veut faire fraude à la loi, et parvenir, au moyen de l'allégation de plusieurs payements partiels, inférieurs à 150 fr., à prouver, par témoins, le payement total de sa dette de 300 fr. (Comp. Cass., 12 juin 1810, Sirey, 1810, 1, 318; et les *Observations* de l'arrêtiste ; Bonnier, n° 144; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 144.)

89. — Les explications qui précèdent, ont, par avance, déterminé la limite, où doit s'arrêter l'application de notre seconde règle.

Ce qui en résulte, c'est que cette règle ne s'oppose pas à l'admission de la preuve testimoniale, dans le cas où la preuve tend seulement à établir des faits (susceptibles d'ailleurs eux-mêmes d'être prouvés par témoins), soit pour interpréter les clauses obscures ou ambiguës d'un acte écrit, soit pour préciser l'étendue et la portée des énonciations, plus ou moins vagues, qu'il renferme.

Ce n'est point là, en effet, une preuve *contre ni outre le contenu à l'acte ;* c'est, au contraire, une preuve qui tend à en révéler et à en faire apparaître l'exactitude et la sincérité.

Est-ce une dérogation quelconque, qu'elle propose d'y introduire? non pas ! c'est une explication, une confirmation.

Nous avons reconnu que la preuve testimoniale est

admissible à l'effet d'élucider, par le moyen de l'interprétation, les clauses obscures ou équivoques même d'un testament, c'est-à-dire d'un acte solennel (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 37).

A plus forte raison, doit-elle être admissible, lorsqu'il s'agit d'un acte, qui n'a pas ce caractère, et qui n'est assujetti à aucune condition de solennité.

Ajoutons que, souvent aussi, les énonciations de l'acte, malgré leur obscurité ou leur ambiguïté, pourraient, au besoin, servir d'un commencement de preuve par écrit, qui, d'ailleurs, ne nous paraît pas nécessaire, dès que la preuve testimoniale n'a qu'un simple but d'interprétation.

Un domaine est vendu ou donné sous une dénomination collective, sans que l'acte de vente ou de donation contienne la désignation ou l'énumération des différentes parcelles, dont il se compose. Et voici que l'acheteur ou le donataire, invoquant la prescription de dix ou vingt ans contre une revendication, prétend avoir ainsi acquis telle ou telle portion de terrain. — Cette portion, s'écrie le revendiquant, n'est pas comprise dans votre titre, qui ne la désigne pas. — A cette objection, notre acheteur ou donataire pourra répondre, en offrant de prouver, par témoins, que la portion de terrain revendiquée a toujours été comprise dans l'unité collective du domaine, qu'il a acquis (comp. Cass., 23 janv. 1837, Palierne, Dev., 1837, I, 110; Cass., 31 janv. 1837, Lautour, Dev., 1837, I, 522; Cass., 17 mai 1876, Dubenne, le *Droit* du 22 juin 1876; Rodier, quest. I, n° 8, sur l'Ordonn. de 1667, tit. xx, art. 2; Bonnier, n° 143; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 444-445; Larombière, t. V, art. 1341, n° 33).

90. — C'est ainsi encore que la preuve testimoniale serait recevable pour établir l'existence d'une erreur matérielle, qui aurait été commise dans l'acte écrit;

comme, par exemple, dans une police d'assurances, où l'énumération de l'état des lieux serait inexactement énoncée, à l'effet d'en obtenir la rectification (comp. Cass., 19 janv. 1870, Caisse des assurances agricoles, Dev., 1871, I, 97).

91. — La même solution devrait être appliquée à une erreur de calcul, ou à l'indication erronée d'un chiffre au lieu d'un autre (comp. art. 541, Code de procédure; Cass., 22 nov. 1865, cité par Bonnier, n° 143.)

92. — « Lorsqu'il y a un acte écrit d'un marché, et qu'on n'y a pas exprimé le temps et le lieu où il a été fait, peut-on être admis à la preuve testimoniale du temps et du lieu ? »

C'est en ces termes que Pothier posait cette question, qui s'agite encore aujourd'hui.

Et, après avoir rappelé que Danty décidait que la preuve testimoniale est admissible, il ajoutait :

« Cette décision souffre difficulté » (n° 796).

Ne peut-on pas, en effet, contre la doctrine de Danty, élever cette objection :

La preuve par témoins ne doit pas être reçue contre et *outre* le contenu aux actes ;

Or, l'acte, dont il s'agit, ne contient pas, nous le supposons, l'indication du lieu ou du temps où il a été fait;

Donc, la preuve testimoniale, par laquelle on prétend y introduire cette indication soit du lieu, soit de la date, n'a pas pour but une interprétation ni une rectification, ni même un complément de l'une des énonciations de l'acte ; c'est une énonciation nouvelle, qu'on veut y ajouter, *outre* celles qui y sont contenues.

Nous ne pensons pas, toutefois, que cet argument soit exact ; et, à notre avis, tel n'est pas le vrai sens de ces mots que l'article 1341 a empruntés aux Ordonnances de 1566 et 1667 : « *contre et outre le contenu aux actes.* »

Cette formule a trait uniquement à la convention elle-

même, qui est contenue dans l'acte, aux clauses, conditions ou modalités, qui la constituent.

Or, le temps et le lieu ne font point partie de la convention elle-même ; ils n'en sont pas des éléments constitutifs ; ce sont là seulement les circonstances extérieures, dans lesquelles la convention a été conclue, et dont la preuve ne tend pas à y introduire une clause nouvelle.

Donc, la preuve testimoniale peut en être faite, par des éléments puisés en dehors de l'acte.

C'était, en effet, l'argument de Danty, que Pothier lui-même citait :

« Le lieu et le temps, auquel un marché est fait, n'étant que des circonstances extérieures de la convention, et ne faisant pas partie de la convention contenue en l'acte. » (Comp. Bonnier, n° 143 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 444-445.)

93. — Nous admettons donc, malgré les dissidences, dont cette solution a été l'objet, que les parties signataires d'un acte sous seing privé non daté, sont respectivement recevables à prouver par témoins la date, soit du jour, soit de l'heure où cet acte a été passé.

Pareillement, voici deux personnes qui se sont fait, respectivement, signifier le même jour des actes extrajudiciaires ou de procédure, qui ne portent pas l'indication de l'heure? nous admettons que l'antériorité de l'une de ces significations sur l'autre pourra être prouvée par témoins. (Comp. Cass., 15 juillet 1818, Sirey, 1819, I, 25; Cass., 18 août 1840; Bourguignon, Dev., 1840, I, 785; Merlin, Répert., v° *Preuve*, sect. II, § III, art. 1, n° 10; Favard, Répert., v° *Preuve*, § I, n° 7.)

94. — Cette seconde règle, que nous venons d'exposer, n'est, bien entendu, applicable qu'entre les parties signataires de l'acte.

Elle ne saurait être appliquée aux tiers, qui n'y ont point figuré.

Les tiers donc, dans les cas où ils y ont intérêt et qualité, peuvent être admis à prouver, par témoins, que les énonciations d'un acte écrit, qui leur est opposé, sont mensongères.

Cet acte, en effet, est pour eux, *res inter alios acta!*

Il est clair qu'on ne saurait leur reprocher, à eux, de n'avoir pas fait insérer, dans la rédaction de l'acte, une clause quelconque; or, c'est là précisément la base de la seconde règle de l'article 1341, qui ne regarde dès lors évidemment que les contractants eux-mêmes.

Cette solution est particulièrement vraie, en ce qui concerne la date des actes sous seing privé, puisque, d'après la disposition de l'article 1328, ces actes n'ont date certaine, à l'égard des tiers, que dans les cas que cet article détermine limitativement. (Comp. le tome VI de ce *Traité*, nº 501.)

III

DES EXCEPTIONS, QUE COMPORTENT LES DEUX RÈGLES, QUI VIENNENT D'ÊTRE EXPOSÉES SUR LA PROHIBITION DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

SOMMAIRE.

95. — Transition.
96. — Les deux règles, qui prohibent la preuve testimoniale, comportent trois exceptions. — Exposition.
97. — A. — La première exception est relative aux matières de commerce. — Observation.
98. — Ni l'une ni l'autre des deux règles, qui viennent d'être exposées, ne sont applicables aux affaires commerciales.
99. — *a.* — De l'exception à la première règle, d'après laquelle la preuve testimoniale, à défaut d'acte, n'est pas admissible pour toute chose qui excède la somme ou valeur de cent cinquante francs.
100. — *b.* — De l'exception à la seconde règle, d'après laquelle la preuve testimoniale n'est pas admissible contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes.
101. — Suite.
102. — Faut-il décider que les tribunaux de commerce se trouvent ainsi autorisés à admettre ou à rejeter la preuve testimoniale, d'après deux ordres de principes différents, entre lesquels il y aurait une différence d'application pratique?

103. — L'admissibilité de la preuve testimoniale, en matière de commerce, est indépendante de la juridiction, devant laquelle l'affaire est portée.
104. — Du cas où l'affaire n'est commerciale qu'à l'égard de l'une des parties.
105. — La double exception, qui vient d'être exposée, est-elle applicable aux conventions faites dans les foires et marchés, lorsque ces conventions n'ont point eu lieu entre commerçants ni pour affaires de commerce ?
106. — B. — La seconde exception que les deux règles prohibitives de la preuve testimoniale comportent, est relative au cas où il existe un commencement de preuve par écrit. — Exposition.
107. — Cette seconde exception est, en effet, applicable aux deux règles prohibitives de la preuve testimoniale.
107 *bis*. — Suite. — Du cas où le demandeur, qui produit un commencement de preuve par écrit, a perdu son titre, par suite d'un cas fortuit et de force majeure.
108. — Mais faut-il aller jusqu'à dire que les conventions, dont la preuve testimoniale est prohibée même au-dessous de cent cinquante francs, peuvent aussi être prouvées par témoins, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit?
109. — Suite.
110. — Trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait un commencement de preuve par écrit.
111. — 1° Il faut qu'il y ait un *écrit*. — Explication.
112. — Suite.
113. — Suite.
114. — Suite.
115. — Suite.
116. — Suite.
117. — Suite.
118. — Suite.
119. — Le commencement de preuve par écrit peut aussi résulter d'une écriture authentique. — Explication.
120. — Suite.
121. — Suite.
122. — Suite.
123. — Suite.
124. — Suite. — Du procès-verbal contenant un interrogatoire sur faits et articles.
125. — Que décider, si la partie assignée à fin d'interrogatoire sur faits et articles, refuse de répondre ?
126. — Ou même si elle ne comparaît pas?
127. — Un titre, atteint par la prescription, peut-il servir de commencement de preuve par écrit?
128. — Suite.
129. — 2° Il faut, en second lieu, pour qu'il y ait un commencement de preuve par écrit, que l'écrit émane de celui auquel il est opposé, ou de celui qu'il représente, ou par lequel il a été représenté.
130. — Suite.

131. — Suite.
132. — Suite.
133. — Suite.
134. — Suite.
135. — Suite.
136. — Suite.
137. — Suite. — Un tribunal peut-il ordonner la comparution, devant lui, de tiers étrangers au procès, pour les interroger sur les faits de ce procès?
138. — 3° Il faut, enfin, pour qu'il y ait un commencement de preuve par écrit, que l'écrit rende vraisemblable le fait allégué. — Explication.
139. — Suite.
140. — Suite.
141. — Suite.
142. — Une décision judiciaire, qui statue sur une question de commencement de preuve par écrit, peut-elle être déférée à la cour de cassation?
143. — Observation générale. — Renvoi aux articles 1335 et 1336.
144. — Renvoi à l'article 324.
145. — C. — La troisième exception que les deux règles prohibitives de la preuve testimoniale comportent, est relative au cas où il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation, qui a été contractée envers lui. — Observation.
146. — Cette troisième exception est, comme les deux premières, applicable aux deux règles prohibitives de la preuve testimoniale.
147. — Suite.
148. — Suite.
149. — Règle générale. — Observation.
150. — Suite.
151. — Suite.
152. — I. — *a.* — De la preuve des obligations, qui naissent des quasi-contrats. — Du quasi-contrat résultant de la gestion d'affaires.
153. — Suite.
154. — Suite.
155. — Suite.
156. — Suite.
157. — Suite.
158. — Du quasi-contrat résultant de la réception de l'indu.
159. — Suite.
160. — Suite.
161. — *b.* — De la preuve des obligations, qui naissent des délits ou des quasi-délits.
162. — Que faut-il décider, lorsqu'il s'agit de certains délits, qui supposent la préexistence d'une convention ou d'un fait juridique, dont la preuve testimoniale n'est pas admissible?
163. — Suite.
164. — Suite.
165. — Suite.
166. — Suite.
167. — Suite.

95. — Nous arrivons aux exceptions, que comportent les deux règles, que nous venons d'exposer, sur la prohibition de la preuve testimoniale. (Comp. *supra*, n° 9.)

96. — On peut dire que ces exceptions sont principalement au nombre de trois :

La première est écrite dans l'article 1341, dont la disposition finale réserve *ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ;*

La seconde, dans l'article 1347, relative au cas où il existe un commencement de preuve par écrit;

La troisième, dans l'article 1348, relative au cas où il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve par écrit de l'obligation, qui a été contractée envers lui.

97. — A. — La première exception est relative aux matières de commerce.

Le droit commercial n'étant pas de notre domaine, il nous suffira de mettre en relief la conséquence principale des termes, qui terminent la disposition de notre article 1341.

L'Ordonnance de 1566 ne contenait pas, expressément du moins, cette exception.

Mais l'Ordonnance de 1667 en fit la mention expresse, dans son article 54 :

« .... sans toutefois rien innover, pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands. » (Comp. *supra*, n° 5.)

Telle est l'origine de la disposition finale de l'article 1341.

98. — Eh bien! donc, ce qui en résulte, c'est que les deux règles consacrées par cet article, ne sont, ni l'une ni l'autre, applicables aux matières commerciales :

Ni la première, d'après laquelle la preuve testimoniale, à défaut d'acte, n'est point reçue pour toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 fr.;

Ni la seconde, d'après laquelle il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes.

99. — *a.* — Et d'abord, disons-nous, la preuve testimoniale est admissible, en matière de commerce, à défaut d'acte écrit, sans aucune restriction, quelle que soit la somme ou la valeur de la chose, qui fait l'objet du litige.

Cette exception à la règle du droit civil, que l'article 1431 consacre, est aussi consacrée par l'article 109 du Code de commerce, qui est ainsi conçu :

« Les achats et ventes se constatent :

« Par actes publics;

« Par actes sous signature privée;

« Par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier dûment signé par les parties;

« Par une facture acceptée;

« Par la correspondance;

« Par les livres des parties;

« *Par la preuve testimoniale, dans le cas où le Tribunal croira devoir l'admettre.* »

Si on objectait que l'article 109 n'est relatif qu'aux achats et ventes, il serait facile de répondre.

Cet article est, en effet, le seul dans tout le Code de commerce, qui règle la question de preuve, en ce qui concerne les opérations commerciales ; et il est dès lors naturel et même nécessaire de reconnaître qu'il contient une règle générale. N'est-elle pas une règle générale cette disposition de l'article 109, qui décrète que les achats et ventes se constatent par les actes publics et les autres modes de preuve, qu'il mentionne? apparemment oui! or, c'est la même disposition, qui décrète que les achats et ventes se constatent par la preuve testimoniale ; donc elle a, pour ce dernier mode de preuve, le même caractère que pour ceux qui précèdent.

Les achats et ventes! mais c'est à ces deux termes qu'aboutissent toutes les opérations commerciales, dans le sens large de ce mot! et quand le législateur l'emploie, comme il l'a fait dans l'article 109, c'est évidemment qu'il considère, en effet, les achats et ventes comme le type de toutes les opérations de commerce.

Que la rubrique de ce titre du Code de commerce ait pu être plus exacte, et la rédaction de l'article 109 plus explicite, cela est vrai.

Mais il n'en saurait résulter aucun doute sur l'intention des rédacteurs de poser, dans l'article 109, une règle générale, conformément aux traditions antérieures, non moins qu'aux usages constants du commerce.

Il est vrai encore que l'article 49 dispose que :

« Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, *ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise.* »

Mais il ne faut voir là qu'une application de la règle générale, et nullement une exception :

On comprend pourquoi, dans cet article 49, le législateur a cru devoir rappeler la règle ; c'est qu'il a voulu distinguer nettement l'association en participation d'avec les autres sociétés, qui ne peuvent pas être constatées

par la preuve testimoniale. (Art. 39-41, Code de commerce.)

Aussi, aucune controverse sérieuse ne s'est-elle élevée sur cette première conséquence, que nous déduisons de la disposition finale de l'article 1341. (Comp. Cass., 14 févr. 1827, Sirey, 1827, I, 233; Cass., 26 mai 1829, Sirey, 1829, I, 218; Cass., 2 janv. 1843, Lapoujade, Dev., 1843, I, 428, Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. II, n° 262.

100. —*b.*—Il n'en a pas été de même de la seconde.

Et une doctrine, appuyée sur d'imposants suffrages, a prétendu que, pas plus en matière commerciale qu'en matière civile, la preuve testimoniale n'est admissible contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes.

On ne saurait méconnaître, en effet, que la seconde règle, que l'article 1341 consacre, n'a pas le même caractère que la première. De celle-ci, on peut dire qu'elle est, à certains égards, arbitraire, en ce sens que le législateur, déterminant la limite, au delà de laquelle la preuve testimoniale ne serait pas admise, à défaut d'acte écrit, exerçait, en pleine liberté, son pouvoir souverain d'appréciation discrétionnaire. Tandis que, lorsqu'il s'est trouvé en présence d'un acte écrit, c'est-à-dire d'un fait juridique contractuel, il n'a pu qu'en déduire la conséquence, que les parties elles-mêmes ont vraisemblablement entendu lui faire produire; or, le législateur a considéré que, dans ce cas, les parties, en rédigeant un acte écrit de leur convention, ont entendu que la preuve testimoniale n'en serait pas admise; et il semble que ce motif de la seconde règle ne comporte aucune distinction entre les matières civiles et les matières commerciales.

On a remarqué, en outre, que, d'après le projet primitif, l'article 109 du Code de commerce n'admettait la preuve testimoniale que *s'il y avait un commencement de preuve par écrit;* et que les Observations des cours et tri-

bunaux, par suite desquelles cette rédaction a été modifiée, portaient uniquement sur l'impossibilité le plus souvent, en matière de commerce, de rédiger un acte écrit, et non point sur l'admissibilité de la preuve testimoniale, lorsque, en fait, un acte écrit avait été rédigé. (Comp. Paris, 11 juillet 1813, Sirey, 1813, II, 25; Paris, 15 mars 1828, Sirey 1828, II, 156; Angers, 4 juin 1829, Sirey, 1830, II, 302; tel était aussi le sentiment de M. Bonnier, qui s'est toutefois rallié, depuis, à la doctrine contraire, n° 145.)

Cette doctrine nous paraît, en effet, la plus juridique :

1° Le texte même de la loi est d'abord, suivant nous, explicite.

L'article 1341, après avoir posé les deux règles, qu'il consacre, ajoute cette formule :

« Le tout, *sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.* »

Formule, qui implique que les lois relatives au commerce dérogent également à l'une et à l'autre des règles, qu'il vient d'édicter.

C'est que, en effet, l'article 109 du Code de commerce, tel qu'il a été finalement adopté, est conçu lui-même dans les termes les plus généraux.

Et l'on trouve une preuve encore de cette généralité dans l'article 41, par lequel le législateur a pris le soin de disposer spécialement que :

« Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte, ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent cinquante francs. »

Disposition, tout à fait inutile, si telle était la règle générale !

2° Il n'est pas douteux d'ailleurs que les rédacteurs du Code de commerce ont eu l'intention de maintenir, en ce point, les anciens usages commerciaux.

Or, la jurisprudence ancienne, d'accord avec la pratique commerciale, avait dès longtemps admis cette doctrine, non-seulement depuis l'Ordonnance de 1667, qui l'avait consacrée par le texte, que notre article 1341 a reproduit, mais même depuis l'Ordonnance de 1566, qui ne renfermait à cet égard aucune disposition spéciale. (Comp. *supra*, n° 5.)

Deux arrêts du Parlement de Paris notamment, l'un, du 22 juillet 1613, l'autre du 22 juillet 1689, avaient admis, dans les juridictions consulaires, la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes.

3° C'est que, en effet, les mêmes considérations, qui ont fait fléchir la première règle de l'article 1341, en matière de commerce, se présentaient, avec une force égale, pour faire fléchir la seconde règle : non-seulement la bonne foi, la confiance, le *crédit*, si nécessaires dans le commerce, mais la multiplicité, la rapidité de ses mouvements, les lieux, dans lesquels ses opérations se concluent, et l'impossibilité, dans la plupart des circonstances, de rédiger des actes écrits !

« On a préféré, dit Merlin, le danger de quelques fraudes particulières à celui d'entraver les négociations, et de tromper la bonne foi, en exigeant trop de précautions. On sait que les négociants donnent, le plus souvent, des quittances portant valeur reçue, sans autre assurance que des paroles ou des ordres, et que cette manière de négocier est l'âme du commerce de toutes les nations. Il était donc indispensable d'admettre la preuve que l'argent énoncé dans les livres n'avait pas été compté, et que les marchandises n'avaient pas été délivrées, quoique payées. » (Quest. de droit, § XVIII, n° 1 ; comp. Cass., 10 juin 1835, Dev., 1835, I, 689; Cass., 11 juin 1835, Dev., 1835, I, 623; Cass., 6 avril 1841, Duprat, Dev., 1841, I, 709; Riom, 4 août 1857, Briere, Dev., 1858, II, 252; Cass., 10 avril 1860; Cass., 13 juillet 1868, Haritchallard, Dev., 1868, I, 363; Toullier, t. V,

n° 323; Bravard, *Manuel de droit commercial*, ch. VII; Marcadé, art. 1348, n° 7; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 446-447; Colmet de Santerre, t. V, n° 315 *bis*, XXV; Larombière, t. V, art. 1341, n° 37.)

101. — Il ne faut d'ailleurs, bien entendu, admettre la double solution, que nous venons de proposer (*supra*, n° 98), que sauf les exceptions, qui sont établies par des dispositions spéciales du Code de commerce. (Comp. art. 39-41, 195, 173, 311 et 332.)

Mais aussi, lorsque cette solution est applicable, peu importe que l'acte, contre et outre le contenu duquel la preuve peut être admise, soit authentique ou privé, sauf, s'il est authentique, à observer les formalités spéciales à l'inscription de faux.

Mais pourtant si cet acte consistait en un jugement de condamnation?

Nous répondons de même, malgré le dissentiment de Pardessus. (*Cours de Droit commercial*, t. II, n° 263.)

Car les jugements sont déclaratifs des droits préexistants des parties et n'ont point pour résultat de changer le caractère de l'obligation.

102. — MM. Aubry et Rau concluent de la doctrine qui précède, que les tribunaux de commerce se trouvent autorisés à admettre ou à rejeter la preuve testimoniale d'après deux ordres différents de principe :

Soit d'après la disposition générale du droit civil, en vertu de l'article 1341, lorsque la chose qui fait l'objet de la contestation, n'est pas d'une valeur supérieure à 150 francs;

Soit d'après la disposition exceptionnelle du droit commercial, en vertu de l'article 109, lorsque, à défaut d'acte, la chose, qui fait l'objet de la contestation, est d'une valeur supérieure à 150 francs, ou lorsqu'il existe un acte, contre et outre le contenu duquel la preuve testimoniale est admissible.

Et les savants auteurs en déduisent cette distinction, à

savoir : « que lorsque la preuve testimoniale est autorisée par les principes du droit civil, les tribunaux ne peuvent, en matière de commerce, la rejeter qu'en raison de la non-pertinence ou de l'invraisemblance des faits, qui en forment l'objet; tandis que, si elle n'est admise que par les règles spéciales de la législation commerciale, ils ont la faculté de la rejeter, lors même qu'elle porterait sur des faits pertinents et vraisemblables, si d'ailleurs ils estiment que les circonstances, dont l'appréciation est entièrement abandonnée à leur conscience, s'opposent à son admission. »

Telle est, disent-ils, la conséquence des expressions finales des articles 49 et 109 du Code de commerce : *si le tribunal juge qu'elle peut être admise ...., dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre;* expressions, par lesquelles le législateur a entendu tempérer le pouvoir plus étendu qu'il accorde aux tribunaux en matière de commerce, pour l'admissibilité de la preuve testimoniale. (T. VI, p. 147-148; comp. Duranton, t. XIII, n° 341.)

Mais nous ne croyons pas que cette thèse soit juridique.

Et, à notre avis, les tribunaux jouissent, en matière commerciale comme en matière civile, ni plus ni moins, d'un égal pouvoir d'appréciation, relativement à l'admissibilité de la preuve testimoniale.

La démonstration nous en paraît résulter des textes mêmes et des principes :

1° L'article 109 du Code de commerce, qui dispose que les achats et ventes se constatent par la preuve testimoniale, *dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre*, est conçu en termes généraux; il ne comporte aucune distinction entre le cas où la demande, n'étant pas appuyée sur un acte, a pour objet une chose d'une valeur inférieure à cent cinquante francs, et le cas où elle a pour objet une chose d'une valeur supérieure à cette somme,

ni celui où la preuve testimoniale est offerte contre et outre le contenu à un acte.

Et cette généralité de l'article 109 du Code de commerce est confirmée par la disposition finale de l'article 1341 du Code Napoléon, qui, après avoir posé cette limite de cent cinquante francs, ajoute : LE TOUT, *sans préjudice de ce qui est prescrit par les lois relatives au commerce.*

D'où il résulte, suivant nous, que le même pouvoir d'appréciation appartient, dans tous les cas, aux tribunaux en matière de commerce, quant à l'admissibilité de la preuve testimoniale.

2° C'est qu'en effet, en principe ni en raison, nous n'apercevons pas qu'il soit possible d'établir entre les deux cas une différence.

En droit, c'est au législateur, sans doute, qu'il appartient de disposer dans quels cas et sous quelles conditions la preuve testimoniale sera admissible, soit en matière civile, soit en matière commerciale.

Mais en fait, c'est aux tribunaux qu'est dévolue la mission de décider si, d'après les circonstances, il y a lieu d'admettre cette preuve ou de la rejeter. Et, dans l'accomplissement de cette mission, ils ont nécessairement un pouvoir souverain d'appréciation, qui nous paraît, en effet, devoir être le même, quelle que soit la nature du litige, commerciale ou civile.

Voilà comment les articles 253 et 254 du Code de procédure disposent que *la preuve* (*testimoniale*) POURRA *être ordonnée....., que le tribunal* POURRA *ordonner la preuve.....*

Nous concluons donc qu'il n'y a pas de différence à faire entre ces expressions et celles de l'article 109 du Code de commerce. (Comp. Pothier, n° 788; Larombière, t. V, art. 1341, n° 38.)

103. — Que l'admissibilité de la preuve testimoniale, en matière de commerce, soit indépendante de la juridiction devant laquelle l'affaire est portée, cela est certain.

Peu importe donc que l'affaire soit portée devant un tribunal de commerce ou devant un tribunal civil.

104. — Mais l'affaire n'est commerciale que relativement à l'une des parties;

Elle est civile relativement à l'autre.

Eh bien! la preuve testimoniale ne sera admissible que contre la partie à l'égard de laquelle seulement l'affaire est commerciale;

Elle ne sera pas admissible contre la partie à l'égard de laquelle l'affaire est civile;

Et cela, lors même que la contestation serait pendante devant un tribunal de commerce. (Comp. *supra*, n° 103; Douai, 6 août 1851, Lemaire, Dev., 1851, n° 806; Cass., 31 mars 1874, Delpy, Dev., 1875, I, 365.)

105. — La double exception à la disposition de l'article 1341, qui résulte *de ce qui est prescrit par les lois relatives au commerce*, est-elle applicable aux conventions faites dans les foires et marchés, lorsque, d'ailleurs, bien entendu, ces conventions n'ont point eu lieu entre commerçants ni pour affaires de commerce?

Voici, par exemple, deux propriétaires, dont l'un a vendu verbalement à l'autre, pour le prix de 300 francs, des bestiaux dans une foire.

C'est là, sans aucun doute, entre eux une convention civile.

La preuve testimoniale pourra-t-elle néanmoins en être admise, parce qu'elle a été consentie dans une foire?

Cette question s'était élevée déjà sous l'empire des anciennes Ordonnances; et parmi les commentateurs les plus autorisés, plusieurs inclinaient à penser qu'il fallait répondre affirmativement, par la raison, disaient-ils, que les conventions, dans les foires et marchés, se font, pour l'ordinaire, verbalement; qu'on n'a pas un notaire présent; et qu'il y a, dès lors, une sorte d'impossibilité de s'en procurer une preuve par écrit. (Comp. Jousse, *sur*

l'Ordonnance de 1667, tit. xx, art. 4; Rodier, sur l'art. 2, quest. 4; Boiceau, I, ch. ix, nos 5 et suiv.)

Et, toutefois, l'opinion la plus générale, dès ce temps, était que la disposition de l'Ordonnance de Moulins devait être appliquée à ces conventions. (Comp. Danty, sur Boiceau, additions, *h. l.*; Pothier, n° 788.)

Les mêmes hésitations se sont produites sous l'empire de nos Codes; et un jugement du tribunal de la Châtre avait, en effet, considéré comme équivalent, d'après l'article 1348, à une impossibilité de traiter par écrit, « la multiplicité, la rapidité et le mouvement des affaires qui se traitent en foire, la difficulté de recourir, à chaque instant, à un notaire, pour faire constater des marchés, des achats ou des ventes, que le plus léger retard pourrait empêcher. »

Mais, la cour de Bourges a infirmé ce jugement :

« Considérant qu'en fait, l'impossibilité d'avoir un écrit n'existait pas ; que les marchés, dans les foires, se font au comptant; et que, si le vendeur déroge à cette règle, en accordant à l'acquéreur du temps pour le payement, il doit se faire donner un acte par écrit. » (23 février 1842, Poisle-Ducoury, Dev., 1843-II-50.)

Cette doctrine nous paraît la seule vraie.

La règle est dans l'article 1341; et cette règle doit être appliquée à toutes les conventions, qu'aucun texte de loi n'en excepte;

Or, les conventions faites dans les foires et marchés, lorsqu'elles n'ont pas un caractère commercial, n'en sont exceptées, ni par l'article 109 du Code de commerce, ni par l'article 1348 du Code Napoléon ; car c'est faire de ce dernier article une extension abusive que de prétendre qu'il y a, pour les parties, qui traitent dans les foires, une impossibilité de se procurer une preuve par écrit, une impossibilité matérielle de même nature que celles qu'il prévoit.

Donc, ces conventions demeurent soumises à la règle

générale de l'article 1341. (Comp. Troplong, *De la Société*, n° 199; Bonnier, n° 146; Larombière, t. V, art. 1341, n° 42.)

106. — B. Voici maintenant la seconde exception que nous avons annoncée (*supra*, n° 96).

Elle est formulée par l'article 1347 :

« Les règles ci-dessus reçoivent exception, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

« On appelle ainsi tout acte par écrit, qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. »

La prohibition de la preuve testimoniale étant fondée sur les dangers et l'incertitude de ce mode de preuve, on conçoit que le législateur ait pu la lever, lorsqu'un commencement de preuve par écrit rend déjà vraisemblable le fait allégué. Il ne s'agit plus alors, en effet, d'établir ce fait par la preuve testimoniale toute nue, mais seulement d'éclaircir et de compléter, par cette preuve, la preuve littérale, obscure encore et imparfaite, qui résulte de l'écrit produit.

Le commencement de preuve par écrit, d'ailleurs, qu'est-il autre chose qu'une espèce d'aveu?

Or, de même que l'aveu clair et complet fait pleine foi contre celui qui l'a fait (art. 1356);

Il est logique que cet aveu obscur et incomplet, qui résulte d'un commencement de preuve par écrit, fasse contre celui qui l'a fait, une preuve demi-pleine, de nature au moins à donner passage à la preuve testimoniale.

Aussi, cette exception est-elle née en même temps que la règle.

Quoique l'Ordonnance de 1566 ne l'eût point textuellement consacrée, elle avait été, dès ce temps, admise par la pratique et par la doctrine.

Et l'Ordonnance de 1667, en la consacrant par son

texte, ne fit que la maintenir et la régulariser. (Comp. Duvergier, sur Toullier, t. V, n° 60, note 1.)

107. — Nous n'avons pas ici à démontrer, comme il nous a fallu le faire sur la première exception relative aux matières commerciales, que cette seconde exception s'applique aux deux règles édictées par l'article 1341. (Comp. *supra*, n° 100-101.)

Le texte de notre article 1347 est formel :

« *Les règles ci-dessus*, dit-il, reçoivent exception, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. »

D'où il résulte que, s'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale est admissible :

1° Par dérogation à la première règle, lors même que la chose, qui fait l'objet de la demande, excède la somme ou valeur de cent cinquante francs ;

2° Par dérogation à la seconde règle, lors même qu'il existe un acte écrit, contre et outre le contenu duquel cette preuve est demandée.

107 *bis*. — En un mot, la disposition de l'article 1347 est générale.

Dans tous les cas, où celui qui demande à être admis à la preuve testimoniale, produit un commencement de preuve par écrit, la double prohibition, édictée par l'article 1341, doit disparaître :

Quelle que soit la valeur de la chose demandée ;

Soit que le demandeur n'en ait pas fait dresser un acte ;

Soit qu'il ait perdu, par suite d'un accident de force majeure, l'acte qu'il en avait fait dresser.

Mais, dans ce dernier cas, sera-t-il nécessaire qu'il prouve, préalablement, que la perte de son titre a eu lieu par un accident de force majeure ?

La Cour de Douai avait décidé que la preuve testimoniale n'est pas alors admissible, même avec un commencement de preuve par écrit, à moins que l'on ne prouve d'abord, conformément à l'article 1348, la perte fortuite du titre (4 août 1871, Bickmann, Dev., 1871, II, 248).

Mais son arrêt a été cassé (18 août 1873, Decocq, Dev., 1873, 1, 213).

Et nous croyons qu'il devait l'être :

1° En effet, l'article 1347 ne fait aucune distinction.

Que les parties n'aient pas fait constater leur convention par un acte écrit;

Ou que le créancier ait perdu ensuite, par un cas de force majeure, l'acte écrit par lequel elles l'avaient fait constater;

Il n'importe!

Le texte de la loi, non moins que son motif essentiel, s'opposent à ce qu'on établisse, entre ces deux hypothèses, une différence quant à l'admissibilité de la preuve testimoniale.

Ce n'est pas l'article 1348 que ce demandeur invoque;

L'article, qu'il invoque, c'est l'article 1347;

Or, cet article ne soumet à aucune autre condition que celle d'un commencement de preuve par écrit, l'admissibilité de la preuve testimoniale.

2° Mais, dira-t-on, ce créancier aura donc, en même temps, à son service deux exceptions à la règle de l'article 1341, prohibitive de la preuve testimoniale?

Assurément oui!

L'une, en vertu de l'article 1347;

L'autre, en vertu de l'article 1348.

Il pourra donc invoquer l'une ou l'autre, suivant qu'il le jugera le mieux pour le succès de sa demande.

Et il ne sera tenu de remplir que celles des conditions, que la loi impose séparément à chacune de ces exceptions.

Invoquera-t-il l'article 1347?

Il ne sera pas tenu de prouver d'abord que la perte de son titre est le résultat d'un cas fortuit; mais il devra produire un commencement de preuve par écrit.

Invoquera-t-il l'article 1348?

Il ne sera pas tenu de produire un commencement de preuve par écrit; mais il devra d'abord prouver que la perte de son titre est le résultat d'un cas fortuit. (Comp. Amiens, 31 mai 1874, arrêt rendu en conséquence du renvoi fait par la Cour de cassation, Dev., 1874, I, 213, note *a.*)

108. — Mais faut-il aller jusqu'à dire que les conventions, dont la preuve testimoniale est prohibée même au-dessous de cent cinquante francs, peuvent aussi être prouvées par témoins, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit?

Nous avons énuméré déjà ces conventions : le louage, la transaction, l'antichrèse, etc. (*supra*, n° 23).

C'est là une thèse, qui nous paraît délicate; et nous avions même d'abord enseigné que la preuve testimoniale de ces conventions pouvait être admise avec un commencement de preuve par écrit.

Mais un examen plus approfondi nous a convaincu que la solution contraire est plus juridique et que la preuve testimoniale en doit être prohibée d'une manière absolue.

Aux termes de l'article 1715 :

« Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données.

« Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. »

De même, aux termes de l'article 2044, au titre de *Transactions* :

« Ce contrat doit être rédigé par écrit. »

Comment donc, en présence de textes ainsi faits, serait-il possible d'admettre, en aucun cas, la preuve par témoins?

Des autorités considérables, dans la jurisprudence et dans la doctrine, déclarent pourtant cette preuve admis-

sible, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. (Comp. Cass., 18 nov. 1864, Couvert, D., 1865-I-105; Cass., août 1867, Masson, Dev., 1867-I-372; Rouen, 20 mars 1873, *Recueil des arrêts de Caen et de Rouen;* 1873, p. 232; Delvincourt, t. III, p. 187; Duvergier, *du Louage*, t. I, n° 267; Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° Bail, n° 190; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, § 364.)

Mais cette doctrine nous semble finalement contraire au texte même de la loi, non moins qu'à son motif essentiel :

1° Le texte, avons-nous dit, est formel:

La preuve ne peut être reçue par témoins (art. 1715).

Ce contrat doit être rédigé par écrit (art. 2044).

Cette formule est absolue; elle comprend, sans distinction, tous les cas, où l'on demanderait à prouver, par témoins, une convention de bail ou de transaction.

Or, même avec votre commencement de preuve par écrit, c'est bien là ce que vous demandez : à prouver par témoins l'existence d'un bail ou d'une transaction.

Donc, vous allez directement contre le texte même de la loi!

2° Le vice de l'opinion contraire, dit très-bien notre cher collègue, M. Guillouard, qui a consacré à cette thèse une étude excellente, consiste à voir, dans les articles 1341 et 1347, deux règles distinctes, indépendantes; dans cette théorie, l'article 1715 introduit une exception à la première règle, celle de l'article 1341, mais ne s'occupe pas de l'autre, celle de l'article 1347. Il nous semble qu'admettre cette opinion, c'est méconnaître toute l'économie de la section II du chapitre VI du livre III; cette section ne comprend pas une série de règles isolées, indépendantes les unes des autres; elle ne contient qu'une règle unique, posée dans l'article 1341, puis des *exceptions*, contenues dans les articles 1347 et 1348. C'est donc toute la théorie de la preuve testimoniale,

qui est repoussée par l'article 1715, et non pas l'application d'un article isolé de la section II (*Revue critique*, 1873-1874, t. III, p. 561 et suiv.).

3° C'est que, en effet, loin que l'article 1347 édicte une règle distincte de la règle, qui est édictée par l'article 1341, il existe, entre l'une et l'autre règle, la plus étroite corrélation.

Remarquons que, dans le système de notre Code, la modicité de la chose, qui fait l'objet de la contestation, lorsqu'elle est au-dessous de 150 francs, équivaut au commencement de preuve par écrit, lorsqu'elle est au-dessus de cette valeur.

De sorte que, dans les mêmes cas, où la preuve testimoniale est admissible avec un commencement de preuve par écrit, lorsque la valeur de la chose est au-dessus de 150 francs, la preuve testimoniale est admissible, sans un commencement de preuve par écrit, lorsque cette valeur est au-dessous de 150 francs ;

Or, la preuve testimoniale d'un bail ou d'une transaction ne peut pas être admise, sans un commencement de preuve par écrit, lorsque la valeur de la chose, qui en fait l'objet, est au-dessous de 150 francs;

Donc, elle ne peut pas non plus être admise, au-dessus de cette valeur, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit.

Il faut en venir, dans la doctrine contraire, à cette extrémité de dire que, *même au-dessous de* 150 *francs*, le bail ou la transaction ne pourront être prouvés par témoins qu'avec un commencement par écrit !

Or, c'est là le renversement de toute la théorie de notre Code qui, en aucun cas, lorsqu'il admet la preuve testimoniale au-dessous de 150 francs, n'exige un commencement de preuve par écrit.

Les textes comparés des articles 1341 et 1347 nous paraissent explicites.

Les règles ci-dessus, dit l'article 1347, *reçoivent excep-*

tion, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

Or, quelles sont ces *règles*, d'après l'article 1341 ?

C'est, d'une part, que la preuve testimoniale est admissible, *au-dessous de* 150 *francs,* sans commencement de preuve par écrit ; — et, d'autre part, corrélativement qu'elle n'est admissible, *au-dessus de* 150 *francs,* qu'avec un commencement de preuve par écrit;

Donc, si ces règles sont applicables au bail et à la transaction, il faudrait dire que la preuve testimoniale en est admissible, *au-dessous de* 150 *francs*, sans un commencement de preuve par écrit !

4° Enfin le motif essentiel, sur lequel l'article 1715 est fondé, exigeait, en effet, que cette prohibition spéciale fût absolue.

Le législateur s'est proposé, en l'édictant, d'éviter les lenteurs de la preuve testimoniale, en cette matière *où tout est urgent,* et non-seulement ses lenteurs, mais les frais considérables qu'elle entraîne, considérables surtout *pour cette classe si nombreuse, qui ne peut louer des objets que d'une valeur modique* (MM. Mouricault et Jaubert, au Corps législatif, séance du 16 ventôse an XII).

Or, ces inconvénients se produiraient, dans tous les cas où la preuve testimoniale serait admissible; car le commencement de preuve par écrit, qui la ferait admettre, ne les écarterait point. (Comp. Rouen, 18 févr. 1841, Harache; et 19 mars 1841, Massif, Dev. 1841, II, 468-469; Paris, 6 mai 1862, Dominé, Dev., 1862, n° 273; Nancy, 3 août 1871, D., 1872, II, 150; Cass., 19 février 1873, Chapelle, du Dev., 1873, I, 99; Paris, 30 nov. 1876, Machet, *Gazette des tribunaux*, 29 janv. 1877; Cass., 19 avril 1877, mêmes parties, *le Droit* du 21 avril 1877 ; Duranton, t. XVII, n° 54; Troplong, *du Louage*, t. I, n° 112 ; Marcadé, art. 1715, n° 2 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. IV, § 699 ; Larombière, t. V, art. 1347, n° 38.)

109. — C'est, comme on le voit, par ces motifs

aussi, que l'existence d'une transaction ne nous paraît pas non plus pouvoir être établie par la preuve testimoniale, lors même qu'il existerait un commencement de preuve par écrit (Comp. Caen, 12 avril 1845, Legregeois, Dev., 1846, II, 168; voy. toutefois, Merlin, Quest. de Droit, v° *Transaction*, § 8, n° 3).

110. — Il résulte de l'article 1347 que, pour qu'il existe un commencement de preuve par écrit, trois conditions sont nécessaires.

Il faut :

1° Qu'il y ait un écrit ;

2° Que cet écrit émane de celui auquel il est opposé, ou de celui qu'il représente, ou par lequel il a été représenté;

3° Qu'il rende vraisemblable le fait allégué.

111. — I. — Et d'abord, il faut qu'il y ait un *écrit*, c'est-à-dire que cet aveu, plus ou moins équivoque, que l'on oppose à la partie, pour être admis, contre elle, à la preuve testimoniale, ne soit pas seulement verbal.

Autrement, dit M. Bonnier, on tomberait dans un cercle vicieux (n° 165), puisqu'avant de prouver par témoins le fait même allégué, il faudrait prouver d'abord aussi par témoins cet aveu! ce serait donc toujours la preuve testimoniale en dehors des limites marquées par l'article 1341, et avec une complication de plus.

Tel est, en effet, le motif sur lequel est fondé l'article 1356 :

« L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile, toutes les fois qu'il s'agit d'une demande, dont la preuve testimoniale ne serait point admissible. »

A plus forte raison, serait-il impossible de trouver un commencement de preuve par écrit dans le seul fait du silence et de l'inaction du défendeur (Comp. Cass., 17 déc. 1867, Rivet, Dev., 1868, I, 117).

112. — Nous disons, avec Pothier (n° 802), qu'il faut *un écrit*, et non pas, avec l'article 1347, *un* ACTE *écrit*.

Cette expression de notre texte, qui a certainement pour but de reproduire la doctrine ancienne, n'est pas tout à fait correcte; elle semblerait, en effet, impliquer que le législateur exige un écrit revêtu d'une certaine forme, et destiné à fournir une preuve.

Or, ni l'une ni l'autre de ces conditions n'est requise pour l'existence d'un commencement de preuve par écrit.

Tout écrit quelconque peut avoir ce caractère :

Quelle qu'en soit la forme, authentique ou privée;

Quel que soit le but, dans lequel il a été rédigé.

Ces sortes d'écrits ne sont, en général, nullement destinés à servir de preuve; ce sont presque toujours des demi-preuves casuelles; les aveux partiels, qui s'y rencontrent, ne se rapportent qu'incidemment au fait total, qui est avancé, suivant le mot de Pothier, et s'appliquent seulement à quelque chose, qui y conduit ou en fait partie (n° 802; Comp. Pau, 13 juill. 1822, Sirey, 1822, 2, 337).

113. — On peut donc, suivant les cas, considérer comme formant un commencement de preuve par écrit :

Les livres de commerce;

Les registres et papiers domestiques;

Les mentions écrites au dos, en marge ou à la suite d'un titre ou d'un acte quelconque;

Les simples notes inscrites sur des feuilles volantes;

Les lettres missives, soit qu'elles aient été adressées à la partie qui les invoque, soit qu'elles aient été adressées à un tiers, si, dans ce dernier cas, elles sont de nature à pouvoir être produites en justice.

114. — C'est assurément, par excellence, un commencement de preuve par écrit, que celui qui est tout à la fois écrit et signé par la partie à laquelle on l'oppose.

Telle est la lettre missive :

« Vous m'avez écrit une lettre, par laquelle vous me priez de compter à votre fils, porteur de la lettre, une somme de 150 livres, dont il a besoin pour ses études;

je vous assigne pour me la rendre. J'ai omis de tirer un reçu de votre fils ; mais j'ai votre lettre, qu'il m'a remise. Cette lettre, dont je suis porteur, ne fait pas une preuve entière que j'ai compté cette somme, suivant votre ordre ; mais c'est un commencement de preuve par écrit, qui me doit faire admettre à la preuve par témoins. »

C'est l'exemple cité par Pothier (nº 803).

Mettons, au lieu d'une somme de 150 livres, une somme de 200 francs ; cet exemple sera aussi le nôtre.

115. — D'ailleurs, cette double condition de l'écriture et de la signature par la partie n'est pas nécessaire ; l'article 1347 ne l'exige pas.

L'écriture suffit sans la signature ;

La signature suffit sans l'écriture.

Le Législateur, en effet, malgré le mot : *acte*, qu'il emploie, n'a entendu assujettir à aucune forme le commencement de preuve par écrit ; il s'en est référé aux anciens principes ; or, Pothier n'hésitait pas à enseigner que *les écritures privées, qui ne sont pas signées, forment contre celui qui les a écrites un commencement de preuve par écrit de ce qu'elles contiennent* (nºs 802 et 806 ; comp. Riom, 30 mars 1844, Lavillatelle, Dev., 1844, 2, 321).

116. — Mais, du moins, faut-il nécessairement l'une ou l'autre : soit l'écriture, soit la signature (arg. de l'article 1322 ; comp. Paris, 27 mars 1841, Roy, Dev., 1842, II, 10).

Il est essentiel que l'on soit sûr que ce commencement de preuve par écrit est bien l'œuvre personnelle de celui à qui il est opposé.

Le corps de l'écriture n'émane pas de celui à qui vous l'opposez.

Mais vous prétendez qu'une marque, ou une croix, ou un paraphe, qui se trouve au bas, a été fait par lui de sa main.

Une marque, ou une croix, ou même un paraphe, sont-ils donc une signature?

Non sans doute!

Donc, cette pièce, qui n'a été ni écrite, ni signée par celui auquel vous l'opposez, ne saurait vous servir, contre lui, de commencement de preuve par écrit (Comp. Cass., 3 déc. 1818, Sirey, 1819, 1, 160; Toullier, t. V, nos 128-132; Duranton, t. XIII, n° 350; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 45; Larombière, t. V, art. 1347, nos 14-15).

117. — On trouve, dans les papiers du créancier, une note énonçant un payement reçu; mais cette note n'est ni écrite, ni signée par lui.

On trouve, dans les papiers du débiteur, une quittance écrite et signée par le créancier, constatant le payement des intérêts d'une créance ou des arrérages d'une rente.

Dans le premier cas, la note ne pourra pas servir de commencement de preuve par écrit au débiteur contre le créancier (Comp. Cass., 9 nov. 1842, Valorge, Dev., 1843, I, 704).

Et, dans le second cas, la quittance ne pourra pas servir de commencement de preuve par écrit au créancier contre le débiteur, à l'effet de prouver, par témoins, l'interruption de la prescription de la créance ou de la rente.

Ces deux solutions sont, à notre avis, la conséquence nécessaire du principe, que nous venons de poser (*supra*, n° 115).

La seconde, toutefois, a été contestée; et Toullier notamment enseigne que la quittance trouvée dans les papiers du débiteur, pourra servir au créancier de commencement de preuve par écrit (t. V, n° 99).

Mais pourtant cette quittance n'émane pas du débiteur; et n'étant ni écrite si signée par lui, elle manque de la condition que la loi exige.

A quoi l'illustre auteur répond que *le débiteur s'est approprié ces quittances, en les gardant dans ses papiers, à dessein de s'en faire, au besoin, un titre de libération.*

Mais est-ce que ces quittances n'auraient pas pu être

mises subrepticement dans les papiers du débiteur, à son insu?

Cette fraude ne serait pas impossible ; et la seule circonstance qu'elles se trouvent dans ses papiers, ne saurait être suffisamment rassurante.

Oh ! sans doute, il en serait autrement, si le débiteur lui-même, ou ses représentants, se prévalaient contre le créancier de ces quittances.

Mais, en tant qu'ils se bornent, au contraire, à invoquer la prescription, il nous paraît impossible de leur opposer comme un commencement de preuve par écrit, une pièce, qu'ils n'ont ni écrite ni signée (Comp. Danty, sur Boiceau, ch. XIV, n° 17; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 451-452; Larombière, t. V, art. 1347, n° 13).

118. — Est-ce la peine de dire que l'écriture ou la signature d'un écrit privé ne saurait former un commencement de preuve, en cas de dénégation de la part de celui à qui on l'oppose, qu'après qu'elles auront été vérifiées en justice?

Il est difficile de comprendre que Toullier ait pu exprimer un sentiment contraire (t. V, n°s 76 et 80).

Une écriture ou une signature privée n'a de valeur, en effet, qu'autant qu'elle émane de la partie, à laquelle on l'oppose.

Et, en cas de méconnaissance, il est manifeste qu'elle ne peut pas plus fournir un commencement de preuve qu'une preuve (art. 1322, 1323 ; comp. Bonnier, n° 168).

119. — Nous ne nous sommes, jusqu'à présent, occupé que des écrits privés.

C'est, en effet, à cette sorte d'écrits seulement, que s'applique la règle, qui précède, à savoir : qu'il y faut soit l'écriture, soit la signature de celui à qui on les oppose.

Mais le commencement de preuve par écrit peut aussi,

avons-nous dit, résulter d'une écriture authentique (*supra*, n° 112).

Et alors, il peut exister :

Quoique l'écriture n'émane pas de la partie, à laquelle on l'oppose ;

Et même, quoique sa signature ne s'y trouve pas, lorsque les formalités, qui doivent la suppléer, ont été remplies, ou lorsqu'il s'agit d'un acte pour l'authenticité duquel cette signature n'est pas exigée.

Par la même raison, en effet, que l'acte authentique fait une preuve complète des énonciations qu'il renferme, lorsqu'elles sont claires et complètes,

Il doit pouvoir faire un commencement de preuve de celles de ces énonciations, lorsqu'elles sont obscures ou incomplètes.

Comment ne fournirait-il pas la preuve d'un aveu partiel, quand il fournit la preuve d'un aveu total ! (art. 1319, 1320).

120. — Mais aussi, l'acte, invoqué comme authentique, ne saurait pas plus fournir un commencement de preuve qu'une preuve, lorsqu'il est dépourvu du caractère d'authenticité, soit par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public, soit par un défaut de forme (art. 1318).

« Le notaire incompétent, disait Pothier, étant personne privée dans le lieu où il a instrumenté, son acte ne peut équipoller qu'à une déposition de témoins, lorsque les parties ne l'ont pas souscrit. » (n° 809).

121. — Et il ajoutait :

« Si les parties l'avaient souscrit, il vaudrait comme écriture privée. »

C'est encore ce qu'il faut dire, par application de l'article 1318.

Ceci, toutefois, mérite explication.

Pas de difficulté, si la convention alléguée étant unilatérale, l'acte a été signé par celui, qui seul se trouverait obligé par cette convention ;

Ou si, la convention étant synallagmatique, l'acte a été signé par les deux parties.

Mais, dans ce dernier cas, supposons que l'acte a été signé par l'une des parties, et point par l'autre.

Pourra-t-il fournir un commencement de preuve par écrit, soit contre celle qui ne l'a pas signé, soit contre celle qui l'a signé?

Contre celle qui ne l'a pas signé, cela nous paraît impossible, malgré le dissentiment de Toullier (t. V, n° 90). Cet acte, nul comme authentique, n'est donc plus qu'un acte privé; or, il n'a été ni écrit, ni signé par cette partie; donc, il manque de la condition exigée par l'article 1347 pour le commencement de preuve par écrit (Comp. Duvergier sur Toullier, *h. l.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 454; Larombière, t. V, art. 1347, n° 19).

Et contre la partie, qui l'a signé?

Oui! répondent quelques jurisconsultes (Duvergier, Zachariæ, Aubry et Rau, Larombière, *loc. supra cit.*)

Non! répond, au contraire, Duranton, qui ne veut pas admettre que, dans une convention synallagmatique, l'une des parties ait une preuve ou un commencement de preuve que l'autre partie n'aurait pas (t. XIII, n° 352).

Nous avons admis cette doctrine, dans l'hypothèse prévue par l'article 1325, où la convention synallagmatique a été rédigée dans un acte sous signature privée (Comp. le tome VI de ce *Traité*, n° 1).

Faut il l'admettre également dans l'hypothèse, où la convention ayant été rédigée par un acte authentique, cet acte se trouve nul comme tel?

Nous croyons qu'il faut aussi répondre affirmativement.

Du moins, serait-ce là une question d'interprétation; les magistrats auraient à décider, en fait, dit très-bien M. Duvergier, *si les contractants n'ont point fait*,

de la rédaction d'un acte authentique en bonne forme, la condition de leurs engagements respectifs (loc. supra cit.).

122. — Voici un acte, prétendu authentique, mais nul comme tel, qui porte que Pierre s'est engagé avec Paul, à me payer une somme de 20,000 fr. pour une cause quelconque.

L'acte est signé par Pierre seulement, et non par Paul.

Qu'il ne fasse pas un commencement de preuve par écrit contre Paul, cela est entendu.

Mais contre Pierre, fera-t-il un commencement de preuve, s'il prétend qu'il n'a entendu s'engager qu'avec le concours de Paul ?

Cet acte a bien, contre lui, le caractère d'un commencement de preuve par écrit ; il l'a signé ; et la preuve testimoniale semble dès lors admissible pour établir l'existence de l'engagement par lui contracté.

Il est vrai !

Mais comment l'a-t-il contracté ?

Telle est la question.

Or, de ce que Pierre a consenti à s'obliger, il ne s'ensuit pas qu'il ait consenti à s'obliger seul, sans le concours de Paul.

Nous pensons donc que c'est là encore une question d'interprétation, et qu'il appartient aux juges, suivant les cas, de trouver, à l'appui de son allégation, un commencement de preuve dans cet acte (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 454 ; Larombière, t. V, art. 1347, n° 20).

123. — La nomenclature serait longue des actes authentiques, qui peuvent renfermer des déclarations ou des énonciations susceptibles de fournir un commencement de preuve par écrit.

Il nous suffit d'avoir posé le principe.

Citons seulement, comme exemples, ceux qui peuvent le plus souvent se produire :

Les reconnaissances, faites en justice, de l'existence

d'un acte, alors même que cet acte ne serait pas représenté (Comp., 9 déc. 1849, Deschandeliers, Dev., 1850, I, 717);

Les mémoires signés par la partie et notifiés même dans une autre instance, à laquelle la partie, qui les invoque comme commencement de preuve par écrit, aurait été étrangère (Comp. Cass., 27 avril 1840, Bazergue, Dev., 1840, I, 728);

Les interrogatoires subis en matière criminelle ou correctionnelle devant un juge d'instruction (Comp. Cass., 21 janv. 1843, Musard, Dev., 1843, I, 660; Cass., 30 juill. 1846, Bossard, Dev., 1847, I, 757; Cass., 18 août 1854, Penot, Dev., 1854, I, 655; Bordeaux, 2 mars 1871, Pénichon, Dev., 1871, I, 221);

Les déclarations faites lors d'une comparution des parties en personne, soit qu'elles aient été ou non constatées par un procès-verbal régulier avant le jugement rendu, si elles ont été consignées dans les motifs ou les qualités du jugement (Comp. Cass., 29 nov. 1842, Dagnos, Dev., 1843, I, 241; Cass., 2 janv. 1843, Lapoujade, Dev., 1843, I, 428; Cass., 7 mars 1843, Hubert, Dev., 1843, I, 285; Montpellier, 8 févr. 1876, Caverivière, Dev., 1876, II, 295; Bonnier, n° 167; voy. toutefois, Toullier, t. V, n° 127; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 453);

Les aveux, dires et déclarations, dont il a été dressé procès-verbal au Bureau de conciliation (art. 48 du *Cod. de procéd.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 454; Larombière, t. V, art. 1347, n° 21).

124. — Il est surtout un acte authentique, que nous devons mentionner, en raison de l'importance, qui lui a été faite en cette matière.

Nous voulons parler du procès-verbal contenant un interrogatoire sur faits et articles.

Une jurisprudence, désormais constante, décide que les réponses, déclarations ou dires quelconques, qui y sont

consignés, peuvent fournir un commencement de preuve par écrit.

Ce n'est pas toutefois sans lutte qu'elle s'est établie.

« Je ne peux me soumettre à cette jurisprudence, dit M. Duvergier; la définition de l'article 1347 ne permettra jamais de voir, dans un interrogatoire sur faits et articles, un véritable commencement de preuve par écrit. Les paroles, que prononce la partie interrogée, ne sont pas des écrits; elles sont, il est vrai, recueillies et écrites par le greffier, qui assiste le juge. Mais est-ce dans ce sens que le législateur a entendu disposer? évidemment non; il a entendu parler de caractères tracés par le défendeur, ou du moins existant en sa possession, au moment où la contestation s'est engagée, et, à ce titre, émanés de lui. Les réponses peuvent contenir des aveux implicites; et alors le juge n'a pas besoin d'autre preuve » (sur Toullier, t. V, n° 116, note *a;* Comp. Bonnier, n° 169).

Notre avis est néanmoins qu'un interrogatoire sur faits et articles peut fournir un commencement de preuve par écrit.

Aux termes de l'article 324 du Code de procédure :

« Les parties peuvent, en toutes matières, et en tout état de cause, demander de se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinents concernant seulement la matière dont il est question, sans retard de l'instruction ni du jugement »;

Or, cet interrogatoire peut produire soit des aveux complets, soit des demi-aveux et des dires quelconques, qui rendent vraisemblable le fait allégué; Domat remarquait fort justement que *l'usage de ces interrogatoires n'est pas seulement d'avoir la preuve des faits, dont celui qu'on interroge aura reconnu la vérité; mais, qu'il la nie ou la dissimule, ils peuvent servir à la faire connaître par les conséquences, qu'on pourra tirer, contre lui, de toutes ses réponses;*

Donc, ses réponses, plus ou moins embarrassées, ou artificieuses, peuvent avoir, en effet, le caractère d'un commencement de preuve par écrit (Comp. Cass., 6 avril 1836, Rivet, Dev., 1836, I, 747; Cass., 19 juin 1839, Demontey, Dev., 1839, I, 462; Cass., 15 mars 1843, Mouchet, Dev., 1843, I, 684, et le rapport de M. le conseiller Mesnard; Cass., 31 mars 1848, Collardeau, Dev., 1848, I, 427; Cass., 8 mars 1852, Baillargon, Dev., 1852, I, 393; Paris, 13 juin 1872, Pinçon, Dev., 1874, II, 37; Boncenne, t. IV, p. 551; Chauveau sur Carré, quest., 1226; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 453; Larombière, t. V, art. 1347, n° 21).

125. — Ses réponses, disons-nous.

Mais la partie, assignée à fin de prêter interrogatoire sur faits et articles, a refusé de répondre!

Le juge constate donc ce refus dans son procès-verbal.

Pourra-t-on y trouver un commencement de preuve par écrit?

Aux termes de l'article 330 du Code de procédure :

« Si l'assigné ne comparaît pas, ou refuse de répondre après avoir comparu, il en sera dressé procès-verbal sommaire; et les faits pourront être tenus pour avérés; »

Or, si le refus de répondre peut fournir un aveu complet, comment ne pourrait-il pas fournir un aveu incomplet, de nature à rendre au moins vraisemblable le fait allégué!

D'où Toullier conclut, en effet, que le refus de répondre peut aussi fournir un commencement de preuve par écrit (t. V, n° 117; Comp. Duvergier, *h. l.*, note *a*).

La Cour de cassation n'a pas cru devoir résoudre cette question, dans une espèce où elle pouvait se présenter; et le motif de l'arrêt semblerait même être une improbation peut-être plutôt qu'une approbation :

« Attendu que, si le tribunal déclare que le commencement de preuve peut se tirer non-seulement d'un écrit, mais des réponses d'un interrogatoire, *même du silence*

de celui qui est interrogé, il y a lieu de reconnaître que cette thèse, *fût-elle juridique,* est toutefois sans application à la cause.... » (17 déc. 1867, Rivet, Dev., 1868, I, 117; Comp. Rouen, 13 mai 1868; Tréfouel, 23 déc. 1871, Lebigre, Dev., 1872, II, 101-103).

Nous croyons, toutefois, que cette thèse est juridique.

Le refus de répondre! mais c'est presque une manière de répondre! une mauvaise manière, très-souvent suspecte, et qui peut rendre, en effet, vraisemblable le fait allégué.

Voët a très-bien dit :

« *Silentio comparatur responsum anceps, dubium, incertum, dum nihil interest an taceat interrogatus, an obscure respondeat, an incertum dimittat interrogatorem* » (sur le Titre du Digeste : *De interrogationibus in jure faciendis,* n° 9).

126. — Bien plus!

La partie, assignée à fin d'interrogatoire sur faits et articles, ne comparaît pas.

Le juge constate donc sa non-comparution dans le procès-verbal.

Pourra-t-on trouver là aussi un commencement de preuve par écrit?

Pour cette fois, ne serait-ce pas dépasser la limite! d'autant plus que, dans ce cas, les formalités constitutives de l'interrogatoire proprement dit, ne peuvent pas être accomplies (Comp. art. 334, *Cod. de procéd.*).

Aussi, les auteurs de l'*Encyclopédie du droit*, tout en admettant que le refus de répondre peut fournir un commencement de preuve par écrit, se refusent à aller plus loin :

« Mais, disent-ils, nous ne croyons pas qu'on puisse y ajouter le défaut de se présenter à la justice pour répondre à l'interrogatoire. Ce refus de comparaître peut bien, selon l'article 330 du Code de procédure, être érigé en preuve contre le défaillant. Mais nous ne voyons pas

comment il pourrait jamais revêtir la forme d'un écrit émané de lui, et, par conséquent, fournir un commencement de preuve écrite » (v° *Commencement de preuve par écrit*, n° 29).

Cet argument est, en effet, très-fort, en présence de l'article 1347.

Pourtant, l'article 330 du Code de procédure place sur la même ligne, dans une seule disposition, le défaut de comparaître et le refus de répondre;

Or, on convient que le refus de répondre peut fournir un commencement de preuve par écrit;

Donc, il doit en être ainsi du refus de comparaître.

Est-ce que ce syllogisme n'est pas en forme? (Comp. Toullier, t. V, n° 117; Larombière, t. V, art. 1347, n° 32).

127. — Pierre réclame, contre Paul, en vertu d'un titre authentique ou privé, un droit quelconque; il lui demande, par exemple, le payement des arrérages d'une rente; c'est, en effet, dans cette hypothèse, que s'est le plus souvent présentée la question, que nous abordons.

Mais le titre de Pierre a plus de trente ans de date.

Et Paul, en conséquence, lui oppose la prescription (art. 2262).

A quoi Pierre réplique que son titre, malgré la prescription, qui l'a atteint, peut lui servir de commencement de preuve par écrit, à l'effet d'établir, par la preuve testimoniale, que Paul a payé depuis moins de trente ans, les arrérages de la rente, et que la prescription, dès lors, a été interrompue (art. 2248).

Cette prétention est-elle fondée?

Quelques arrêts ont admis l'affirmative; et voici notamment les motifs d'une décision rendue, en ce sens, par la Cour de Caen :

« Considérant que, s'il est vrai que la prescription ap partienne à la classe des présomptions légales de libération, dont il est parlé dans l'article 1352 du Code civil, il est également vrai que la loi n'assujettit à aucun mode

de preuve particulière, la reconnaissance propre à y former interruption, aux termes de l'article 2248; d'où l'on doit conclure que, sur ce point, la matière reste soumise aux règles du droit commun, et qu'elle comporte l'admission de la preuve testimoniale, pourvu qu'il y ait un commencement de preuve par écrit;

« Considérant qu'une rente est un genre de créance, qui, par sa nature, est destinée à une longue durée; que le titre, qui la constitue, ou celui par lequel un tiers s'en charge, rend dès lors vraisemblable que le service des arrérages a été fait par le débiteur, à leur échéance, pendant le temps qu'il a pu être exigé; et que, comme le titre émane de la personne obligée, il réunit, à son égard, les caractères d'un commencement de preuve par écrit du fait du payement des arrérages, acte évidemment récognitif de la rente payée et interruptif de la prescription .... » (20 mai 1840, Samson, Dev., 1840, I, 300; Comp. Bruxelles, 10 déc. 1812, Sirey, 1813, II, 370; Toulouse, 18 mai 1831, Dev., 1831, II, 302; Rouen, 30 juill. 1841, Goudouin, Dev., 1846, I, 609, arrêt cassé *infra*).

128. — Mais cette doctrine ne nous paraît pas juridique; et, à notre avis, un titre atteint par la prescription, ne saurait être admis comme un commencement de preuve par écrit:

1° En effet, la doctrine, qui précède, méconnaît, suivant nous, le motif essentiel, sur lequel la prescription est fondée.

Quel est ce motif?

C'est que le législateur présume que *ceux, envers lesquels l'obligation a été contractée, ont négligé, pendant le temps que la loi a fixé, d'exercer leurs droits;* voilà en quels termes M. Bigot-Préameneu l'expliquait, dans la séance du Corps législatif du 17 ventôse an XII (8 mars 1804; Locré, *Législat. civ.*, t. XVI, 557);

Or, tout au contraire, que venez-vous prétendre?

Qu'il est *vraisemblable*, qu'il est *présumable* que celui, envers lequel l'obligation a été contractée, a exercé ses droits; et que le crédit-rentier a exigé les arrérages de la rente;

Donc, c'est un démenti donné à la présomption légale elle-même!

Et remarquons que c'est là une présomption *juris et de jure*, d'où résulte, pour le débiteur, la preuve de sa libération, sans que la preuve contraire puisse être admise (art. 1234, 1350, 1352, 2219).

Voulez-vous que la présomption légale soit fondée sur ce motif que le législateur suppose que la rente a été rachetée?

La conclusion sera la même; nulle preuve contraire ne sera proposable.

2° Oh! sans doute, vous pouvez demander à prouver que la prescription a été interrompue; votre preuve pourra être fournie d'après les règles du droit commun; et le service des arrérages, depuis moins de trente ans, pourra être, en effet, prouvé par témoins à l'aide d'un commencement de preuve par écrit (art. 1341, 1347; Comp. Cass., 4 fév. 1873, de Kermel, Dev., 1873, I, 81).

Mais ce commencement de preuve par écrit, il faut aussi que vous le fournissiez, d'après les règles du droit commun.

Or, le droit commun n'admet pas qu'un titre, atteint par la prescription, puisse être présenté comme tel.

3° Comment! c'est dans ce titre même, que la loi déclare désormais éteint, que l'on prétend puiser un commencement de preuve par écrit!

Se prévaloir d'un titre, dont la date établit qu'il est prescrit, pour prouver quoi?... que ce titre n'est pas prescrit!

Ce serait une contradiction!

4° La belle apparence pourtant, dit-on, que le créancier de la rente n'ait pas, une seule fois, pendant trente

ans, depuis la date de son titre, réclamé le payement des arrérages de sa rente; et cela, quand le titre de cette rente est toujours entre ses mains!

Est-ce vraisemblable?

Oui, légalement.

Cette vraisemblance, que l'on invoque en sens contraire, peut paraître, en fait, plus ou moins grande; mais ce n'est qu'une vraisemblance de fait, qui ne repose sur aucun fondement juridique.

Que le créancier donc se fasse fournir un titre nouvel, s'il veut éviter la prescription (art. 2263),

Autrement, après trente ans écoulés, le titre prouve bien que la rente a existé; il ne prouve pas qu'elle existe encore (Comp. Riom, 4 mai 1841, Soleillant, Dev., 1841, II, 334; Douai, 19 janv. 1842, Château-Renault, Dev., 1841, III, 112; Cass., 19 nov. 1845, Gondoin, Dev., 1846, I, 609; Toullier, t. V, n° 97, et Duvergier, *h. l.*, note *a*; Sebire et Carteret, *Encyclopédie du Droit*, v° *Comm. de preuve par écrit*, n° 23; Troplong, *de la Prescription*, t. II, n° 622; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 458; Marcadé, art. 1347, n° 4; Larombière, t. V, art. 1347, n° 25).

129. — 2° La seconde condition, pour qu'il y ait un commencement de preuve par écrit, c'est que l'écrit émane de celui auquel il est opposé, ou de celui qu'il représente, ou par lequel il a été représenté (*supra*, n° 110).

Cette condition, qui exige la *personnalité* de l'aveu, se lie d'ailleurs intimement à la première, qui exige la *matérialité* de l'écrit; la première n'est autre, en effet, que la garantie de la seconde.

Aussi, est-elle essentielle.

Comment, par exemple, une lettre circulaire imprimée, non signée par celui auquel on l'oppose, pourrait-elle former contre lui un commencement de preuve par écrit! (Comp. Paris, 11 août 1869, Poulet-Langlet, *le Droit*, du 22 sept. 1869.)

130. — Il n'en a pas toujours été ainsi pourtant ; et notre ancienne jurisprudence, surtout à une époque voisine de l'Ordonnance de Moulins, n'exigeait pas que l'écrit fût l'œuvre personnelle de celui à qui il était opposé. Voilà comment un arrêt rapporté par Vrevin (sur l'art. 54 de cette Ordonnance), décida qu'une reconnaissance émanée d'une veuve pouvait fournir un commencement de preuve par écrit contre les héritiers de son mari.

C'est que l'Ordonnance de Moulins était, à cette époque, considérée comme exorbitante.... *summum jus invectum in mores gallicos,* disait Mornac (sur la loi 9, § 3, ff. *de Rebus creditis*).

Et comme l'Ordonnance de 1667 elle-même n'avait pas défini le commencement de preuve par écrit, la jurisprudence, qui s'était établie depuis 1566, dura encore.

Il faut remarquer toutefois que les jurisconsultes les plus autorisés enseignaient une doctrine contraire ; et Pothier écrivait que « l'écrit d'un tiers ne peut faire le commencement de preuve par écrit, que demande l'Ordonnance ; car ce tiers n'est que comme un témoin ; et ce qu'il a déclaré par écrit ne peut équipoller qu'à une preuve testimoniale » (n° 808 ; comp. Danty, *Additions* sur Boiceau, part. II, chap. I).

131. — La définition, que le législateur de 1804 a donnée du commencement de preuve par écrit, en consacrant cette doctrine si juridique, a mis un terme aux incertitudes et à l'arbitraire, que le silence des anciennes Ordonnances avait fait naître.

Nous avons, néanmoins, subtitué à ces mots de l'article 1347 : *émané de celui contre lequel la demande est formée,* ceux-ci : *de celui auquel il est opposé ;*

Parce que, en effet, si celui contre lequel la demande est formée, le défendeur, oppose une exception à celui par lequel la demande est formée, au demandeur, et que pour être admis à établir le fondement de cette exception par la preuve testimoniale, il invoque un commencement

de preuve par écrit, il faudra certainement que l'écrit émane de celui auquel il est opposé, c'est-à-dire, en ce cas, *de celui par lequel la demande est formée.*

Il est vrai que l'on peut répondre que le défendeur, dans son exception, devient demandeur, et que c'est bien aussi alors de celui contre lequel la demande est formée, que l'écrit doit émaner.

Cet amendement, toutefois, nous paraît donner à la définition légale une formule plus précise (Comp. Duranton, t. XIII, n° 342).

152. — MM. Aubry et Rau enseignent :

« Qu'il faut que le contenu de l'écrit soit, moralement et juridiquement, l'œuvre de la personne (à laquelle on l'oppose), c'est-à-dire que celle-ci soit l'auteur des dispositions ou déclarations qu'il renferme, ou que du moins elle se les soit rendues propres par son acceptation expresse ou tacite. »

A quoi sans doute nous adhérons.

Mais les savants auteurs ajoutent :

« Qu'on doit conclure de là qu'un acte notarié ne peut, en général, former contre le notaire, qui l'a reçu, un commencement de preuve par écrit des faits constatés ou énoncés par cet acte » (T. VI, p. 451).

Or, c'est là ce qu'il nous serait difficile d'admettre.

Cette déduction nous paraît en effet contraire aux termes généraux de l'article 1347.

M. Larombière remarque, avec raison, que rien n'oblige un notaire, pas plus qu'un simple particulier, de rédiger un acte contenant des énonciations, qui supposent, à son préjudice, l'existence d'une obligation ou l'extinction d'un droit (t. V, art. 1347, n° 12).

Il peut donc y avoir là, de sa part aussi, un aveu volontaire, de nature à fournir un commencement de preuve par écrit (Comp. Bordeaux, 14 fév. 1832, Dev., 1832, II, 292; Cass., 4 avril 1838, H..., Dev., 1838, I, 732).

153. — Que le commencement de preuve par écrit,

émané d'une personne, soit opposable à ceux qui la représentent, c'est l'application du droit commun.

A ceux, qui la représentent, disons-nous, soit à titre universel, soit à titre particulier;

Non-seulement à ses héritiers ou successeurs universels;

Mais aussi à ses ayants cause à titre singulier, tels que l'acquéreur à l'égard du vendeur; — le donataire à l'égard du donateur; — les créanciers à l'égard de leur débiteur, lorsqu'ils exercent ses droits et actions, conformément à l'article 1166.

154. — Et nous ajoutons : à ceux par lesquels elle a été représentée.

Nouvelle application du droit commun, qui ne saurait souffrir aucune difficulté, malgré le silence de l'article 1347.

Le mandant, conventionnel ou légal, est, en effet, représenté par son mandataire.

De sorte que le commencement de preuve par écrit émané du mandataire, dans les limites de son mandat, est opposable au mandant (arg. de l'article 1998).

C'est ainsi qu'il a été décidé que les déclarations contenues dans une requête signifiée par acte d'avoué à avoué, peuvent être considérées, du moins jusqu'à désaveu, comme un commencement de preuve par écrit contre la partie (Comp. Cass., 7 juillet 1840, de Civrac, Dev., 1840, I, 777; Paris, 14 juin 1840, Huet, Dev., 1843, II, 336).

De même les livres ou registres d'un banquier ou d'un notaire, ayant agi comme mandataire d'une partie, peuvent servir, contre cette partie, de commencement de preuve par écrit (Comp. Toulouse, 25 nov. 1831, Dev., 1834, II, 524; Cass., 10 août 1840, de Nicolay, Dev., 1840, I, 875; Toullier, t. V, n° 126; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 455; Larombière, t. V, art. 1347, n° 7).

155. — Une lettre a été écrite par un tuteur, depuis

l'ouverture de la tutelle, dans les limites de son administration.

Elle pourra fournir, contre le mineur, un commencement de preuve par écrit (art. 450; comp. Riom, 16 juin 1817, Sirey, 1818, II, 135; Cass., 23 nov. 1869, Frémont, Dev., 1870, I, 59; Bonnier, n° 167).

Et il en serait de même, contre la femme, d'un écrit émané de son mari, dans le cas où, d'après les conventions matrimoniales, le mari doit être considéré comme le mandataire de la femme (Comp. *infra*, n° 136; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 456; Larombière, art. 1347, n° 7).

136. — De ce que nous venons de dire il résulte qu'on ne saurait opposer comme un commencement de preuve par écrit à une partie, un écrit qui n'est pas émané d'elle, ni de celui qu'elle représente, ni de celui par lequel elle a été représentée ;

Quel que soit d'ailleurs le tiers, auteur de cet écrit, et lors même qu'il se trouverait lié d'intérêt avec la partie, à laquelle son écrit est opposé.

N'hésitons donc pas aujourd'hui, en présence de l'article 1347, à décider, contrairement à l'ancienne doctrine, qu'il serait impossible d'opposer, comme un commencement de preuve par écrit, aux héritiers du mari, la reconnaissance que sa veuve aurait faite d'une prétendue dette de la communauté (Comp. *supra*, n° 192).

Pas plus qu'on ne pourrait opposer à la femme séparée de biens, l'écrit émané de son mari, qui aurait agi, en son nom, comme simple gérant d'affaires (Comp. Cass., 8 déc. 1834, Dev., 1835, I, 44; Cass., 23 juill. 1851, de Montbreton, Dev., 1854, I, 753);

Ni à un cohéritier, le commencement de preuve par écrit émané de son cohéritier (Comp. Pothier, n° 808);

Ni à un copropriétaire par indivis d'un immeuble, l'écrit émané de son copropriétaire (Comp. Cass., 30 dec. 1839, Leclerc, Dev., 1840, I, 139);

Ni à une partie, qui figure dans une contestation, les réponses consignées dans un interrogatoire sur faits et articles subi par une autre partie engagée, avec elle, dans la même contestation (Comp. Paris, 26 nov. 1836, André, Dev., 1837, II, 34; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 456; Bonnier, n° 168; Larombière, t. V, art. 1347, n° 8).

137. — Cette dernière solution préjuge une autre question, à savoir :

Si un tribunal peut ordonner la comparution, devant lui, de tiers étrangers au procès, pour les interroger sur les faits de ce procès?

La Cour de Caen, par un arrêt du 6 mars 1847, l'a décidée affirmativement, dans une espèce, qui était, il est vrai, très-favorable à cette thèse; le tiers, appelé au procès, semblait seul, en effet, pouvoir fournir quelques éclaircissements *sur les vieux comptes*, qui se débattaient entre les parties (De Farcy, Dev., 1848, II, 192).

Nous ne pensons pas néanmoins que cette doctrine soit juridique :

« Attendu, dit la Cour de Bordeaux, que la loi, qui permet aux juges d'ordonner la comparution personnelle des parties, ne les autorise pas à faire comparaître et à interroger, avec elles, des tiers, qui ne figurent pas dans le procès, et ne peuvent être entendus qu'à titre de témoins; — Que, dans le cas où la preuve testimoniale est interdite, ce serait un moyen facile d'éluder la loi, et que dans le cas où elle est permise, la loi l'a entourée de précautions et de garanties, dont les parties ne sauraient être frustrées... » (24 janv. 1849, Moïzan, Dev., 1849, II, 437; comp. Caen, 10 avril 1823, Sirey, 1825, II, 174).

138. — 3° Voici enfin la troisième condition requise pour qu'il y ait un commencement de preuve par écrit.

Il faut que l'écrit rende vraisemblable le fait allégué (*supra*, n° 110.)

La vraisemblance, c'est l'apparence de la vérité; c'est ce qui *semble vrai !*

Danty, sur Boiceau, disait : « *Ex quo nonnulla probatio elici potest....* » (liv. II, ch. I, nos 13 et suiv.).

Jousse, sur l'Ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 3), définissait de même le commencement de preuve par écrit : « *tout acte d'où résulte quelque preuve, quoique non suffisante.* »

Et nous avons vu que Pothier considérait comme tel l'écrit, qui contient la preuve, *non, à la vérité, du fait total, qu'on a avancé, mais de quelque chose, qui y conduit ou en fait partie* (n° 802).

Telle est la preuve écrite imparfaite, que la loi autorise à compléter par la preuve testimoniale, *in coadjuvationem scripturæ,* disaient nos anciens.

D'où résulte, disaient-ils encore, une preuve *mixte*, pour partie *littérale*, et pour partie *orale.*

Remarquons que ceci est caractéristique du commencement de preuve par écrit.

Il n'est, comme sa dénomination même l'indique, qu'un *commencement,* qui rend seulement *vraisemblable* le fait allégué.

S'il y avait preuve complète, les principes seraient tout autres.

Le défendeur a avoué !

Eh bien ! c'est une preuve ; et l'aveu est indivisible (Comp. Cass., 9 avril 1874, Giraud, Dev., 1875, I, 77 ; Dijon, 12 mai 1876, Desmots, Dev., 1876, II, 300).

159. — L'appréciation du degré plus ou moins grand de vraisemblance de l'écrit présenté comme commencement de preuve, appartient sans doute souverainement, en fait, aux magistrats.

Une double observation, toutefois, est, à cet égard, nécessaire :

D'une part, en effet, on ne saurait présenter comme formant un commencement de preuve par écrit, des actes

qui ne forment pas une preuve complète, lorsque cette absence de force probante résulte de ce que la convention, qu'ils avaient pour but de constater, n'a pas été conclue définitivement. La même cause alors, qui les empêche de faire une preuve entière, les empêche de faire un commencement de preuve.

Tel serait un acte notarié, que l'une ou l'autre des parties aurait refusé de signer, en déclarant qu'elle ne voulait pas consentir à la convention, qu'il était destiné à prouver (Comp. Larombière, t. V, art. 1347, n° 29).

Tel encore un acte sous seing privé, renfermant une convention synallagmatique, qui n'aurait pas été fait, conformément à l'article 1325, en autant d'exemplaires qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct, ou qui ne porterait pas la mention qu'il a été fait ainsi. Nous persistons à penser, malgré la jurisprudence et la doctrine contraires, que cet acte ne saurait servir de commencement de preuve par écrit (Comp. le tome VI de ce *Traité*, n°s 421 et suiv.).

140. — D'autre part, il est certains actes qui fourniraient une preuve complète, si un vice de forme n'en paralysait l'effet.

Tel serait le billet ou la promesse sous seing privé, par lequel une partie se serait engagée, envers l'autre, à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, sans l'écrire de sa main ou sans y ajouter le *bon* ou *approuvé*, conformément à l'article 1326.

Pourra-t-on y trouver un commencement de preuve par écrit?

Assurément oui! et nous persistons aussi, sur ce point, dans la solution, que nous avons déjà présentée (Comp. le tome VI de ce *Traité*, n°s 492-493).

141. — Mais tels ne sont pas les cas ordinaires d'application de la définition du commencement de preuve par écrit.

Il est rare que les écrits, qui peuvent le produire, con-

statent, d'une manière complète, le fait allégué; ils renferment seulement des énonciations, qui s'y rattachent par un certain lien de connexité.

Le champ, dès lors, devient sans limites; et les exemples abondent, en effet, dans les recueils de jurisprudence (Comp. Cass., 9 déc. 1851, Moussy, Dev., 1852, I, 30; Cass., 8 mars 1852, Lesport, Dev., 1852, I, 498; Grenoble, 26 janv. 1855, Auvergne, Dev., 1855, 2, 300; Cass., 23 déc. 1869, Frémont, Dev., 1870, 1, 59; etc., etc).

142. — Au point où nous en sommes, il est facile de résoudre la question de savoir si une décision judiciaire, qui statue sur une question de commencement de preuve par écrit, peut être déférée à la Cour de cassation.

Une distinction doit être faite :

Oui, si cette décision porte sur les deux premiers caractères, que l'article 1347 y exige; et si elle méconnaît : 1° qu'un écrit est nécessaire; 2° que cet écrit doit émaner de celui à qui il est opposé (Comp. Cass., 30 déc. 1839, Leclère, Dev., 1840, I, 139; Cass., 17 déc. 1867, Rivet, Dev., 1868, I, 117; Cass., 8 avril 1874, Giraud, Dev., 1875, I, 76);

Non, si cette décision porte seulement sur le troisième caractère, et en tant qu'elle apprécie si l'écrit, qui est produit, rend ou ne rend pas vraisemblable le fait allégué (Comp. 31 mai 1848, Collardeau, Dev., 1848, I, 427; Cass., 17 mars 1855, Cot., Dev., 1856, I, 156; Cass., 4 février 1873, Kermel, Dev., 1873, I, 81).

C'est que, dans le premier cas, il s'agit d'un point de droit et de l'application du texte de la loi;

Tandis que, dans le second cas, il ne s'agit que d'un point de fait et d'une question d'interprétation; et cela, même dans les cas où la loi déclare tel ou tel écrit susceptible de fournir un commencement de preuve par écrit, comme dans le cas de l'article 1320; ce qui laisse toujours aux juges la faculté d'apprécier, en fait, si cet

écrit, lorsqu'il est produit, rend, en effet, vraisemblable le fait allégué (Comp. Toullier, t. V, n° 133; Duranton, t. XIII, n° 344; Bonnier, n° 170; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 460).

143. — Nous venons d'étudier le commencement de preuve par écrit, dans l'article 1347, d'après la définition générale, que le législateur lui-même en a donnée.

Quant aux dispositions particulières qui, pour certains cas, y dérogent, c'est dans les matières auxquelles elles appartiennent, qu'il y a lieu de s'en occuper.

Tels sont les articles 1335 et 1336, que nous avons exposés dans le volume précédent (VI, nos 695 et 699).

144. — Cette observation est surtout applicable à la disposition de l'article 324, qui détermine les conditions du commencement de preuve par écrit, en matière de réclamation d'état.

Nous l'avons, en effet, spécialement exposée dans notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, nos 242 et suivants.

145. — *c.* — Reste la troisième exception, que nous avons annoncée (*supra*, n° 96), et que l'article 1348 décrète en ces termes :

« Elles reçoivent encore exception (les règles ci-dessus), toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation, qui a été contractée envers lui.

« Cette seconde exception s'applique :

1° « Aux obligations, qui naissent des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits ;

« 2° Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs, en logeant dans une hôtellerie, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait ;

« 3° Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit;

« 4° Au cas où le créancier a perdu le titre, qui lui « servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, « imprévu et résultant d'une force majeure. »

Est-ce bien là, en effet, une exception?

Oui, sans doute, quant aux conventions, comme le dépôt nécessaire, auxquelles la double règle de l'article 1341 aurait été applicable, si l'article 1348 ne les en avait pas exceptées.

Mais en est-il de même quant aux faits, comme les délits ou les quasi-délits, qui n'ont pas un caractère conventionnel?

Nous avons déjà répondu négativement, et que, suivant nous, si la preuve testimoniale en est admissible, ce n'est point par exception à la règle de l'article 1341, mais plutôt parce que cette règle, indépendamment de l'article 1348, ne leur est pas applicable (*supra*, n° 16).

Ce n'est là d'ailleurs qu'une question de classification, sur laquelle nous n'avons pas à revenir.

Il est certain que la preuve testimoniale est admissible de tous les faits, quels qu'ils soient, conventionnels ou non conventionnels, lorsque la partie a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale.

Le but de l'article 1348 est donc de déterminer l'étendue d'application de l'article 1341 et de la délimiter.

146. — L'exception décrétée par l'article 1348 s'applique, comme l'exception décrétée par l'article 1347, aux deux règles, par lesquelles l'article 1341 prohibe la preuve testimoniale.

Le texte de la loi est le même : « Elles reçoivent encore exception... » *les règles ci-dessus*... (comp. art. 1347).

Et, le motif essentiel sur lequel il est fondé, ne comportait, non plus, aucune distinction! (Comp. *supra*, n° 107).

147.— Quoi de plus légitime, en effet, que le motif, sur lequel est fondée cette disposition de l'article 1348?

A l'impossible nul n'est tenu!

Si le législateur, dans l'article 1341, refuse d'admettre les parties à la preuve testimoniale, c'est parce qu'elles ont commis une infraction à la disposition par laquelle il leur enjoignait de rédiger un acte écrit de leur convention;

Or, elles n'ont commis aucune infraction, ni aucune faute, lorsqu'il leur a été impossible de se conformer à son injonction.

Aussi, telle a toujours été la doctrine et la pratique, même sous l'Ordonnance de Moulins, qui pourtant ne renfermait, à cet égard, aucune disposition spéciale.

L'Ordonnance de 1667, la première, en fit l'objet d'un texte formel, dans les articles 3 et 4 de son titre xx :

« N'entendons exclure la preuve par témoins pour dépôt nécessaire, en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, ni en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait avoir fait des actes..... ni pareillement pour dépôts faits en logeant dans une hôtellerie, entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, qui pourra être ordonnée par le juge, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. »

148. — Pothier l'expliquait très-bien :

« L'Ordonnance de Moulins, disait-il, confirmée par celle de 1667, en ordonnant qu'il serait dressé des actes, n'a pas entendu exiger l'impossible, ni même exiger des choses trop difficiles, et qui gêneraient ou empêcheraient le commerce; c'est pourquoi elle n'a interdit la preuve testimoniale qu'à ceux qui ont pu s'en procurer facilement une preuve littérale. »

« Toutes les fois donc qu'il n'a pas été au pouvoir du créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation, qui a été contractée envers lui, la preuve testimoniale du fait qui l'a produite, ne peut lui être refusée, à quelque somme que puisse monter l'objet de cette obligation » (n° 810).

Ce passage est excellent!

M. Larombière propose, toutefois, d'en effacer le mot : *facilement*, que Pothier emploie :

« Une simple difficulté ne suffit pas, dit-il; et ce n'est pas seulement à ceux qui ont pu facilement se procurer une preuve littérale, que la loi interdit la preuve par témoins; c'est à tous ceux, qui ont pu, même avec une certaine difficulté, obtenir une preuve écrite, que s'adresse cette interdiction » (t. V, art. 1348, n° 5).

Il est vrai! (Comp. Cass., 12 août 1848, Mahandeau, Dev., 1849, I, 297).

Mais ce que nous voulons retenir de ce passage du grand maître, c'est la manière, dont il nous apprend que cette exception aux règles prohibitives de la preuve testimoniale, doit être appliquée : équitablement, humainement!

Telle est, en effet, la doctrine et la jurisprudence modernes, dont on peut dire que Pothier a été l'inspirateur.

Oui, sans doute il faut qu'il y ait eu, pour la partie, impossibilité de se procurer une preuve littérale.

Mais ce n'est pas d'une impossibilité physique seulement qu'il s'agit; c'est aussi d'une impossibilité morale.

Ce n'est pas seulement d'une impossibilité absolue; c'est aussi d'une impossibilité relative!

Et, en effet, parmi les exemples, que cite l'article 1348, plusieurs se réfèrent à l'impossibilité morale et relative plutôt qu'à l'impossibilité physique et absolue.

Exiger toujours une impossibilité physique et absolue, c'était se placer en dehors de la vie réelle, et réduire le plus souvent l'article 1348 à une lettre morte! Le législateur n'a certainement pas manqué, à ce point, de sens pratique! (Comp. Paris, 9 avril 1821, Sirey, 1822, II, 165; Bourges, 24 nov. 1824, Sirey, 1825, II, 125; Limoges, 4 juin 1840, Arfouilloux, Dev., 1840, II, 491; Cass., 18 mai 1841, Saurine, Dev., 1841, I, 515; Bourges, 23 février 1842, Poisle, Dev., 1843, II, 50; Toullier, t. V., nos 139, 200-203; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI,

p. 461; Bonnier, n° 172; Larombière, t. V, art. 1348, n° 4).

149. — L'article 1348 pose la règle en ces termes :

« (Les règles ci-dessus) reçoivent encore exception, « toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier « de se procurer une preuve littérale de l'obligation, qui « a été contractée envers lui. »

Les différentes applications, que l'article exprime ensuite, ne sont que des exemples destinés à éclaircir le sens de la règle, mais qui n'ont pas pour but de la modifier, ni de la restreindre, ni de l'étendre.

150. — Elles ne la restreignent pas !

Voici un demandeur, qui ne se trouve dans aucun des cas d'exception, que l'article 1348 a spécialement énumérés.

Mais, pour être admis à la preuve testimoniale, il invoque la règle elle-même; et il soutient qu'il lui a été impossible de se procurer une preuve littérale.

Il faudra, si le fait est vrai, l'admettre à cette preuve.

C'est ainsi qu'une fille, qui avait quitté la maison maternelle, après le second mariage de sa mère, a été autorisée à faire preuve par témoins de l'importance des effets mobiliers, qu'elle réclamait (Bourges, 29 mai 1826; Bonnier, n° 172).

De même, la preuve par témoins a été admise entre un beau-frère et une belle-sœur voisins et vivant dans l'intimité, tous les deux illettrés, à l'effet d'établir que l'un d'eux avait chargé l'autre d'opérer, dans une localité voisine, l'échange d'un billet de banque, dont la monnaie devait être rapportée le jour même (Bordeaux, 2 mars 1871, Pénichon, Dev., 1871, 2-221).

Les magistrats, sans doute, apportent, dans ces sortes d'affaires, et très-justement, beaucoup de prudence.

Mais toujours est-il qu'il leur appartient d'apprécier le caractère de l'impossibilité, qui est alléguée devant eux.

151. — Nous avons ajouté que les applications, que l'article 1348 énumère, de la règle, qu'il a posée, n'en étendent pas non plus la portée.

Voici un demandeur, qui, pour être admis à la preuve testimoniale, invoque le cas d'exception, qui forme le n° 1 de l'article 1348 ; il est, dit-il, devenu créancier en vertu d'un quasi-contrat.

Mais quel est ce quasi-contrat? — et quelle obligation en serait née à son profit?

Or, ce qu'il prétend, c'est qu'il aurait payé indûment au défendeur une somme de 1000 fr., dont il exerce, contre lui, la répétition.

Vous était-il impossible de vous procurer une preuve littérale de ce payement, que vous alléguez avoir fait?

Non, sans doute!

Donc, vous êtes dans la règle, qui n'admet à la preuve testimoniale que ceux-là seulement, qui ont été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale.

C'est-à-dire qu'il faut faire prévaloir la règle sur l'exception, ou, en d'autres termes, sur l'application même que la loi en a faite à titre d'exemple, et n'admettre, en effet, cette application qu'autant qu'il a été impossible au demandeur de se procurer une preuve littérale (Comp. *supra*, n° 158).

152. — Examinons maintenant chacune des applications énumérées par l'article 1348, de la règle, qu'il a posée.

I. — La première comprend les obligations, qui naissent des quasi-contrats, des délits ou des quasi-délits.

a. — Et d'abord, des quasi-contrats.

Pas de difficulté, en ce qui concerne la gestion d'affaires.

Vous avez, sans mandat de ma part, labouré et ensemencé mes terres; vous avez fait la récolte. Je n'ai donc pu me procurer une lettre littérale ni du fait de votre gestion, ni des différents actes, dont elle se compose;

et je serai, en conséquence, admis à la preuve testimoniale soit du fait de cette gestion, soit de chacun des actes particuliers, qui la constituent.

Ce sont là *des faits matériels,* qui ne pouvaient pas être soumis à la règle de l'article 1341 (*supra*, n° 15).

153. — Très-bien ! a-t-on dit, si le maître, dont l'affaire a été gérée, ignorait la gestion.

Mais s'il la connaissait ? est-ce qu'il n'a pas pu s'en procurer une preuve par écrit ?

Tel est, en effet, le sentiment de Duranton, qui refuse, dans ce cas, de l'admettre à la preuve par témoins (t. XIII, n° 357).

Nous remarquerons pourtant que, d'après le texte de l'article 1372, il y a gestion d'affaires, *soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore.*

Ce n'est pas le moment d'examiner cette disposition; bornons-nous à remarquer que le législateur de notre Code n'a pas considéré comme un mandat tacite le seul fait du silence de la personne, qui connaît la gestion de ses affaires par un tiers et qui ne s'y oppose pas.

Aussi, l'article 1348, d'accord avec l'article 1372, n'a-t-il pas fait cette distinction (Comp. Bourges, 10 déc. 1830, Dev., 1831, II, 165; Cass., 19 mars 1845, Becq., Dev., 1845, I, 262; Bourges, 6 août 1845, Ragon, Dev., 1847, II, 160 ; Toullier, t. V, n° 141 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 461 ; Larombière, t. V, art. 1348, n° 9).

154. — Nous ne voudrions pas toutefois aller jusqu'à dire que le mandat tacite pourrait être prouvé par témoins.

Peut-il exister un mandat tacite, distinct de la gestion d'affaires, même connue du maître?

Nous entreprendrons plus tard de le démontrer.

Et, dans ce cas, notre avis est que la preuve testimoniale ne serait pas admissible.

Boiceau pourtant, dans notre ancien Droit, enseignait a doctrine contraire :

« *Probatio taciti mandati, non nisi testibus, fieri potest; cum in tacitis non soleat intervenire scriptum, sed magis legis præsumptione et indiciis perspicuis concludi soleat, ex vulgatâ pactorum tacitorum doctrinâ* » (p. 269; Comp. les *Observations* de notre savant collègue, M. Labbé, sur l'arrêt de la Cour de cassation, cité *infra*, Dev., 1876, I, 401-402).

Mais cette théorie est, suivant nous, d'autant plus inadmissible, qu'elle deviendrait applicable, comme l'auteur lui-même le reconnaît, non-seulement au mandat tacite, mais à toutes les conventions, qui peuvent se former tacitement... *pactorum tacitorum.*

Or, en principe général, l'article 1341 repousse cette distinction entre les conventions expresses et les conventions tacites.

Et, spécialement, l'article 1985 la repousse en ce qui concerne le mandat (Comp. Cass., 29 déc. 1875, Maljean, Dev., 1876, I, 401; Troplong, *Du Mandat*, art. 1985, nos 130 et suiv.; Larombière, t. V, art. 1348, n° 10).

155. — Nous venons de dire que le maître, dont l'affaire a été gérée, peut être admis, contre le gérant, à la preuve testimoniale (*supra*, n° 152).

Il faut en dire autant du gérant contre le maître.

Le texte est général.

Et, le motif, sur lequel il repose, exige cette réciprocité. Le gérant n'a pas eu, en effet, non plus la possibilité de se procurer une preuve littérale de sa gestion, une preuve émanant du maître lui-même (Comp. Larombière, t. V, art. 1348, n° 9).

156. — Notre savant collègue, M. Colmet de Santerre, ajoute toutefois, très-justement, que « le gérant devra souvent se procurer des écrits constatant les dépenses par lui faites » (t. V, n° 322 *bis*, I).

Entre lui et les tiers, avec lesquels il a traité, il ne lui était pas, en effet, impossible de se procurer une preuve littérale.

Mais c'est là une question de règlement et de responsabilité dans le compte à rendre par le gérant au maître.

157. — Les principes, que nous venons d'exposer, sur l'admissibilité de la preuve testimoniale, en matière de gestion d'affaires, sont, bien entendu, applicables dans tous les cas, où ce quasi-contrat peut se produire, comme, par exemple, dans le cas d'une simple communauté, qui n'a pas le caractère d'un contrat de société (Comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 485).

158. — Quant au quasi-contrat résultant de la réception de l'indû, nous avons déjà remarqué que l'exception décrétée par l'article 1348, ne s'y applique pas, du moins en général (*supra*, n° 151).

Vous prétendez avoir payé à Paul une somme de 10,000 francs, que vous ne lui deviez pas.

Eh bien! donc, montrez la quittance, que vous avez pu et dû en retirer, ou l'acte instrumentaire, qui en formait la preuve entre les mains de Paul, et que vous avez pu vous faire remettre.

C'est le cas de l'article 1376.

159. — Il en est de même dans le cas de l'article 1377.

Vous prétendez avoir payé, par erreur, en votre nom, à Paul, une dette de 10,000 francs, qui était la dette de Pierre, et non pas la vôtre.

Où est la quittance, que vous avez pu et dû en retirer?

C'est donc l'article 1341, qui est applicable, et non l'article 1348.

160. — Supposons, pourtant, que Paul, le créancier, a supprimé son titre par suite du paiement.

Celui qui, par erreur, a payé la dette d'autrui, peut-il être admis à prouver par témoins l'existence de cette dette contre le véritable débiteur?

Notre avis est qu'il faut répondre affirmativement :

1° Parce que l'article 1377 lui accorde un recours, et

qu'il n'est pas supposable que le législateur n'ait pas entendu le lui accorder sérieux et efficace.

Or, le recours n'aurait pas ce caractère, si celui qui a payé par erreur, était réduit à s'en rapporter à la conscience de son adversaire;

2° Parce que si celui, qui a fait le payement, ne peut plus produire le titre probatoire de la dette, qu'il a payée, c'est que ce titre a été détruit par un événement, qui est, quant à lui, un cas fortuit, et qu'il se trouve ainsi dans le cas d'exception prévu par le numéro 4 de l'article 1348 (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 462; Larombière, t. V, art. 1948, n° 13).

161. — *b.* — « La preuve testimoniale des délits et des quasi-délits, disait Pothier, ne peut jamais être refusée à celui envers qui ils ont été commis, à quelque somme que puisse monter la réparation par lui prétendue; car il est évident qu'il n'a pu être en son pouvoir de s'en procurer une autre preuve » (n° 811).

Cela est, en effet, évident!

Et telle est aussi la disposition de notre texte.

162. — Cette disposition, toutefois, reçoit elle-même une restriction importante, lorsqu'il s'agit de certains délits, qui supposent la préexistence d'une convention ou d'un fait juridique, dont la preuve testimoniale n'est pas admissible.

Paul demande à prouver, par témoins, que Pierre a violé un dépôt, qu'il lui avait confié.

Aux termes de l'article 408 du Code pénal, dit-il, la violation de dépôt est un délit;

Or, aux termes de l'article 1348 du Code Napoléon, les délits peuvent être prouvés par témoins;

Donc, je dois être admis contre Pierre, à la preuve testimoniale de la violation de dépôt, que je lui impute.

Mais le vice de ce syllogisme est manifeste; et nous croyons l'avoir déjà démontré, sur l'article 327, qui

met également en scène cette théorie (Comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, nos 270, 271).

En effet, si le délit de violation de dépôt peut être prouvé par témoins, le dépôt lui-même ne peut pas être prouvé de cette manière;

Or, il ne peut pas y avoir violation de dépôt, s'il n'y a pas eu de dépôt;

Donc, il faut, avant tout, que l'existence du dépôt soit prouvée.

Et il est clair que l'existence du dépôt ne peut être prouvée que conformément à l'article 1341.

C'est que le fait allégué, dans ce cas, est complexe; il se compose de deux affirmations, à chacune desquelles il faut appliquer distributivement le mode de preuve, qui lui est propre:

A la preuve du dépôt, les articles 1341 et 1923;

A la violation du dépôt, l'article 1348.

163. — Voilà ce qui résulte, de la combinaison de nos textes, non moins que de la logique et de la raison.

Aussi, cette doctrine est-elle applicable dans tous les cas:

Quelle que soit la juridiction saisie, et sans distinguer si l'affaire a été portée devant les tribunaux civils, ou devant les tribunaux de justice répressive;

Quelle que soit la partie, qui demande à faire, par témoins, la preuve du délit, et sans distinguer si c'est la partie civile, qui conclut à des dommages-intérêts pécuniaires, ou le ministère public, qui requiert l'application de la peine portée par la loi.

Les dispositions de l'article 1341 sont, en effet, générales; et elle résistent également à l'une et à l'autre de ces distinctions.

164. — Cette affaire de violation de dépôt est portée devant un tribunal correctionnel; et l'on dit:

La preuve testimoniale est de droit commun devant

les tribunaux de justice répressive; elle doit y être toujours admise.

Mais vraiment non!

Si la preuve testimoniale est le plus souvent admise devant les tribunaux de justice répressive, c'est que le plus souvent, en effet, il s'agit d'y fournir la preuve directe et actuelle d'un crime ou d'un délit, sans mélange d'une convention ou d'un fait juridique quelconque.

Mais s'il arrive, au contraire, que le délit implique la préexistence d'une convention ou d'un fait juridique, qui ne puisse pas être prouvé par témoins, la preuve par témoins de cette convention ou de ce fait n'est pas plus admissible devant un tribunal de justice répressive, qu'elle ne le serait devant un tribunal civil; car la prohibition de la preuve testimoniale tient au caractère de l'affaire et non pas au caractère de la juridiction. Autrement, rien ne serait plus facile que de se jouer de l'article 1341, en agissant devant la juridiction correctionnelle, pour cause de violation de dépôt, au lieu d'agir devant la juridiction civile pour cause de restitution.

On se récrie :

Il faut donc que le Tribunal de justice répressive se déclare incompétent, et qu'il renvoie l'affaire devant le tribunal civil, auquel appartient la compétence pour les affaires civiles!

Cette objection a été, en effet, produite; elle avait même d'abord prévalu; et la cour de cassation jugeait qu'il y avait là une question préjudicielle, qui devait être renvoyée devant les tribunaux civils, seuls compétents pour connaître de l'existence du dépôt, en cas de dénégation de la part du défendeur (Comp. Cass., 5 déc. 1806, Sirey, 1806, 1, 489; Cass., 16 janv. 1808, Sirey, 1808, 1, 323; Cass., 21 mars 1811, Sirey, 1811, 1, 192; Merlin, Quest. de droit, v^is^ *suppression de titres;* Toullier, t. V, n°s 145 et suiv.).

Mais cette doctrine n'était pas juridique; et elle ne pouvait pas durer.

Aussi, fut-elle combattue dans une *Note* demeurée célébre, sur ce difficile sujet des questions préjudicielles, que le président Barris rédigea, le 5 novembre 1813, de l'avis unanime des membres de la Cour de cassation, et avec l'adhésion du procureur général Merlin. Nous ne saurions mieux faire que d'en extraire le passage, qui se rapporte à la question, que nous examinons :

« Les tribunaux criminels peuvent et doivent connaître des contrats, dont la violation rentre dans l'application de l'article 408 du Code pénal. Lorsque l'existence du contrat est déniée, devant eux, par la partie, qui est poursuivie à raison de ladite violation, les tribunaux doivent juger la question préjudicielle de l'existence du contrat, soit que le plaignant en rapporte l'acte, soit qu'il n'en rapporte qu'un commencement de preuve par écrit. Il est de principe que tout juge compétent pour statuer sur un procès, dont il est saisi, l'est par là même pour statuer sur les questions, qui s'élèvent incidemment dans ce procès, quoique d'ailleurs ces questions fussent hors de sa compétence, si elles lui étaient proposées principalement (L. 3, Cod. *de judiciis;* L. I, Cod. *de ordine cognitionum*). Il faut une disposition formelle de la loi pour ne pas faire une application de ce principe. La preuve du délit ne pouvant pas être séparée de celle de la convention, la compétence sur le délit, qui forme l'action principale, entraîne nécessairement la compétence sur le contrat, dont la dénégation n'est que l'exception à cette action. Les tribunaux criminels devant d'ailleurs prononcer sur les intérêts civils des parties, ils doivent avoir caractère pour juger le contrat auquel se rattachent ces intérêts civils. La compétence d'un tribunal ne peut dépendre des formes fixées par la loi pour la preuve de la demande. Si le contrat ne portait que sur un objet moindre de cent cinquante francs, la preuve

pouvant, dans ce cas, en être faite par témoins, la juridiction criminelle serait évidemment compétente pour en connaître ; elle doit avoir la même compétence dans le cas, où, à raison d'une plus grande importance dans l'objet du contrat, la preuve n'en peut être établie par témoins. La Cour de cassation a jugé constamment que les tribunaux correctionnels sont compétents pour prononcer sur l'existence du contrat dénié par voie d'exception, lorsqu'il en est produit un commencement de preuve par écrit ; elle a jugé que les tribunaux ont le droit de déclarer que l'acte produit forme la preuve complète du contrat ; le commencement de preuve par écrit est, en effet, comme l'acte constitutif de ce contrat, un acte écrit, dont on doit apprécier le contexte, le sens et les conséquences. »

Voilà les vrais principes.

La preuve du contrat doit donc être faite devant le tribunal correctionnel, conformément aux règles du droit civil.

Si elle n'est pas faite, le tribunal correctionnel n'a pas à se déclarer incompétent ni à renvoyer l'affaire devant le tribunal civil ; il n'a qu'à prononcer l'acquittement du prévenu.

Et telle est, en effet, la jurisprudence désormais constante de la Cour de cassation (Comp. *infra*, n° 174 ; Merlin, Répert., v° *Dépôt*, § 1, n° 6 ; Mangin, *Traité de l'action publique*, t. I, n°s 173-174 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 462 ; Larombière, t. V, art. 1348, n° 25).

165. — Il n'y a pas non plus à distinguer si c'est la partie civile, qui conclut à des dommages-intérêts pécuniaires, dans son intérêt privé, ou le ministère public, qui requiert l'application de la peine, dans l'intérêt de la vindicte sociale (*supra*, n° 163).

Cette distinction entre l'action civile et l'action publique fut elle-même, il est vrai, d'abord proposée ; et la Cour de cassation semblait incliner à l'admettre (Comp.

Cass., 21 août 1834, Helitas, Dev., 1835, 1, 119; Duranton, t. XIII, n° 600; Bourguignon, art. 366, Cod. pén.; Rauter, *Droit criminel*, t. II, p. 500; Poujol, *Revue étrangère*, 1840, p. 656).

Mais la doctrine contraire a définitivement prévalu, avec grande raison :

« Attendu (porte l'arrêt du 16 août 1844), que, si les faits criminels peuvent être prouvés par des dépositions de témoins et par tout autre moyen de conviction étranger à la preuve, qui résulte des actes civils, il n'en est pas de même des faits civils régis par la loi civile, et dont la preuve a été assujettie par elle à la production d'un acte écrit, qui les constate ; que, à l'égard de ces faits, la loi, qui détermine le genre de preuve, qui peut être admis, étend son empire sur la procédure criminelle comme sur la procédure civile ; qu'elle doit être respectée et observée par les juges criminels, même dans le cas où le fait régi par la loi civile, se liant par des rapports nécessaires et absolus au fait puni par la loi criminelle, la preuve du fait correctionnel ne peut être établie que par celle du fait civil et doit en être la conséquence; *attendu que ce principe est indistinctement applicable au ministère public et à la partie privée* » (Benoni, Dev., 1844, 1, 714; comp. Merlin, Répert., v° *Serment*, § 2, art. 2 ; Toullier, t. V, n° 388; Mangin, *de l'Action publique*, t. I, n° 173; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 462; Larombière, t. V, art. 1348, n° 26).

166. — Il est du reste évident que le ministère public peut se prévaloir des mêmes moyens et exceptions, que la partie privée ;

Et que, dans tous les cas où celle-ci pourrait invoquer la preuve testimoniale, il peut l'invoquer aussi! (Comp. Cass., 21 janv. 1843, Musard, Dev., 1843, I, 660 ; Cass., 14 juill. 1843, Humbert, Dev., 1843, I, 806; Cass., 22 avril 1854, Cléret, et 18 août 1854, Penot, Dev., 1854, I, 491 et 655).

167. — Ce n'est, bien entendu, que comme exemple que nous avons cité le délit de violation de dépôt (*supra*, n° 162).

La même doctrine est applicable à toutes les hypothèses semblables d'un délit, qui suppose la préexistence d'une convention ou d'un fait juridique, qui ne peut pas être établi directement par la preuve testimoniale.

Tel le délit de violation de mandat (art. 408, Cod. pén.; Cass., 20 avril 1844, Rumeau, Dev., 1844, I, 848).

168. — Tel le délit d'abus de blanc-seing (art. 407, Cod. pén.; comp. Toulouse, 5 juin 1841, Mercadier, Dev., 1842, II, 12; Riom, 30 mars 1844, Lavillatelle, Dev., 1844, II, 321; Cass., 3 mai 1848, Monnier, Dev., 1848, I, 321; Orléans, 7 février 1853, Chenaux, Dev., 1853, II, 621; Merlin, Répert., v° *Blanc-Seing;* Lesellyer, *Traité du Droit Criminel,* I, 1488; voy. toutefois, Faustin Hélie et Chauveau, *Théorie du Code pénal,* VII, p. 350 et suiv.).

169. — Tel encore, suivant nous, le crime de faux serment prêté en matière civile (art. 366 Cod. pén.), malgré le dissentiment précité de Rauter (*Droit criminel,* II, p. 500) et de Poujol (*Revue étrangère,* 1840, p. 656); comp. Cour d'assises du Loiret, 6 nov. 1843, Frappa, Dev., 1844, II, 69; Cass., 16 août 1844, Benoni, Dev., 1844, I, 714; Cass., 29 mars 1845, Vincent, Dev., 1845, I, 397; Cass., 13 nov. 1847, Lacot, Dev., 1848, I, 80; Cass., 17 juin 1852, Cros, Dev., 1852, I, 41).

170. — C'est ici la place d'une thèse importante, à savoir : s'il faut admettre la preuve testimoniale des faits de violence, d'erreur, de dol, de fraude et de simulation, qui sont allégués contre une convention ou tout autre acte juridique.

La solution affirmative toutefois, ne saurait être douteuse, avec certaines distinctions, que nous allons exposer.

Ce qui peut être seulement sujet à controverse, c'est la base juridique sur laquelle elle doit être fondée.

La fonderons-nous sur la disposition du n° 1 de l'article 1348, qui admet la preuve testimoniale des délits et des quasi-délits?

Tel est le sentiment de M. Larombière :

« Ces mots : *délits* et *quasi-délits* ont, dit le savant auteur, une acception fort large; ils comprennent tous les faits qui, sans constituer, d'après la loi criminelle, une contravention, un délit ou un crime, causent à autrui un dommage, dont leur auteur est responsable, soit qu'il ait agi ou non avec l'intention de nuire » (t. V, art. 1348, n° 14).

Cette proposition est, en effet, généralement exacte.

Mais pourtant, nous croyons qu'il y a certains faits de fraude, notamment ceux qui ont le caractère d'une simulation, qu'il serait impossible de faire rentrer dans cette dénomination, si large qu'elle puisse être, de délits ou de quasi-délits.

C'est pourquoi Devilleneuve s'écriait : *l'erreur est évidente!* en voyant qu'on entreprenait de considérer comme un délit ou un quasi-délit, un engagement sur une cause illicite (1836, I, 583).

Et c'est dans le même sens que MM. Aubry et Rau enseignent que la question de savoir si la preuve testimoniale des faits de violence, de dol, etc., est admissible, ne rentre pas *dans les cas spécifiés* aux numéros 1, 2 et 3 de l'article 1348 (t. VI, p. 464).

Mais nous répondons que, si la preuve testimoniale de ces faits se trouve en dehors des cas spécifiés par ce texte, elle rentre du moins dans le principe général qu'il a posé, et dont les cas, qu'il a spécifiés, ne sont que des applications démonstratives.

Aussi, concluons-nous que la preuve testimoniale des faits de violence, d'erreur, de dol, de fraude et de simulation, doit être admise, par ce motif que celui qui les

allègue, a été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve par écrit.

C'est bien là aussi ce qui résulte, comme nous le verrons, de l'article 1353, malgré l'inexactitude de sa rédaction finale.

171. — En conséquence, nous décidons d'abord, en ce qui concerne l'erreur et la violence, que la preuve testimoniale en est admissible, lorsque, bien entendu, ces vices de consentement présentent les caractères déterminés par la loi (art. 1109, 1110, 1112; comp. Cass., 5 février 1828, Sirey, 1828, I, 232).

Et de même, en ce qui concerne le dol, lorsqu'il présente le caractère déterminé par l'article 1116, du *dolus dans causam contractui*, c'est-à-dire lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties ont été telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté (Comp. Cass., 1er février 1832, Dev., 1832, I, 139; Cass., 20 décembre 1832, Dev., 1833, I, 344; Cass., 3 juin 1835, Dev., 1835, I, 428; Cass., 4 février 1836, Digne, Dev., 1836, I, 839; Cass., 28 novembre 1838, X...., Dev., 1839, I, 813; Merlin, Répert., v° *Dol*, n° 6; Toullier, t. V, nos 172, 190-192; Larombière, t. V, art. 1348, n° 15).

172. — L'application de cette doctrine ne saurait soulever de difficulté, lorsque l'existence de la convention, qui est attaquée pour cause de dol, est d'ailleurs elle-même prouvée, soit par l'aveu du défendeur, soit par un acte.

Et, dans ce dernier cas, la preuve testimoniale du dol serait admissible *de plano*, lors même que l'acte, qui ferait la preuve écrite de la convention, serait authentique, si la preuve testimoniale ne s'attaquait pas au témoignage de l'officier public, en contredisant des faits constatés par lui (Comp. Cass., 4 février 1836, Digne, Dev., 1836, I, 839; Cass., 23 novembre 1838, X...., Dev., 1839, I, 813).

Car, si la preuve testimoniale s'attaquait au témoignage de l'officier public, rédacteur de l'acte, il faudrait se pourvoir par la voie de l'inscription de faux (art. 1319; comp. Larombière, t. V, art. 1348, n° 15).

173. — Mais supposons, au contraire, que l'existence de la convention est déniée, et non prouvée autrement.

La preuve testimoniale, qui est admissible pour le dol, sera-t-elle admissible pour l'existence de la convention, que le demandeur allègue être le résultat de ce dol?

On l'a prétendu plus d'une fois ainsi, en cherchant à éluder la prohibition, que l'article 1341 décrète.

Mais il est manifeste que cette prétention ne saurait être admise d'une manière absolue; ce serait là, en effet, un moyen indirect et facile de s'y soustraire.

Une distinction doit donc être faite :

Ou le dol, qui est allégué, est distinct de la convention, et n'a pas empêché le demandeur de se procurer une preuve écrite de l'existence de cette convention;

Ou le dol se confond avec l'existence de la convention par un tel lien de connexité, que le demandeur a été dans l'égale impossibilité de se procurer une preuve écrite de la convention aussi bien que du dol.

La preuve testimoniale ne sera pas admissible dans le premier cas;

Et elle sera admissible dans le second cas.

174. — *a.* Paul demande à prouver par témoins que Pierre l'a déterminé par dol à faire, entre ses mains, un dépôt, dont la valeur excède 150 francs.

Que la preuve par témoins du dol allégué puisse être admise, c'est ce que nous venons de reconnaître.

Mais d'abord, la preuve de ce dépôt, dont l'existence est déniée par Pierre, où est-elle?

Il faut évidemment que Paul la fournisse; et puisque l'objet du dépôt prétendu excède la valeur de 150 francs, c'est par un acte écrit qu'il doit fournir cette preuve, ou, du moins, avec un commencement de preuve par écrit.

Autre chose est, en effet, la preuve du dol, autre la preuve de la convention à laquelle on allègue que le dol a donné lieu.

De ce que Paul aurait été déterminé par dol à consentir le dépôt, il n'en pouvait pas moins, dès qu'il y consentait, exiger qu'il en fût rédigé un acte; et par conséquent, il n'a pas été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale.

La Cour de Montpellier avait décidé, le 15 novembre 1841, que la règle décrétée par l'article 1341 doit recevoir exception, *quand il s'agit de dol ou de fraude, au moyen desquels on aurait provoqué ledit dépôt, pour abuser ensuite d'une confiance excitée par de pareils moyens.*

Mais son arrêt a été cassé :

« Attendu que, si cette exception était fondée dans le sens qu'y attache l'arrêt attaqué, elle équivaudrait à l'abrogation absolue de l'article 1341 (20 avril 1844, Rumeau, Dev., 1844, I, 848).

Ce qui est évident ! puisqu'il suffirait d'alléguer que la convention a été déterminée par un dol, pour être admis à prouver, tout ensemble, par témoins, et le dol, qui a déterminé le consentement, et la convention, qui en a été le résultat.

Tel est le premier cas (Comp. Dijon, 12 mai 1876, Desmots, Dev., 1876, 2, 300).

175. — *b.* Très-différent est le second cas.

Paul demande à prouver par témoins que Pierre l'a déterminé, par dol, à lui remettre des billets, dont l'endossement en blanc, qui devait être rempli en son nom, à lui, Paul, a été rempli par Pierre en son propre nom.

Oh ! cette fois, la preuve testimoniale du dol, et de la remise des billets, sera admissible.

Pourquoi ?

La Cour suprême fournit la réponse, dans des arrêts très-juridiquement motivés :

« Attendu qu'il ne s'agit pas, dans l'espèce, de la vio-

lation d'un dépôt volontaire; — Que le fait signalé par la citation et déclaré constant par l'arrêt attaqué, constitue uniquement un détournement de valeurs, dont la remise a été provoquée et déterminée par des moyens de fraude; — Qu'en s'appropriant ces valeurs par suite de ladite remise, le demandeur n'a fait que réaliser le bénéfice des manœuvres frauduleuses, qui l'ont précédée; *d'où il suit que c'est au moment même où elles ont eu lieu que remonte le délit, dont il s'est rendu coupable*.... » (27 mai 1837, Lezin-Delpech, Dev. 1838, I, 187).

« Attendu, porte aussi l'arrêt du 14 juillet 1843, qu'il y a eu fraude, de la part du débiteur, *dans le fait, qui a donné lieu à la remise non-spontanée du billet, comme dans l'abus qui a été fait par lui de cette remise* » (Humbert, Dev., 1843, I, 806; comp. Cass., 22 avril 1840, Dubois, Dev., 1845, I, 225).

C'est que, dans ce cas, en effet, le dol et la convention sont indivisibles; ils ne constituent qu'un acte unique; de sorte que la preuve du dol est inséparable de la preuve de la convention, dans laquelle précisément le dol lui-même consiste!

Est-ce qu'il serait possible, notamment en cas d'escroquerie, de séparer la preuve du dol de la preuve du résultat frauduleux, qu'il a produit! (Arg. de l'art. 405 Code pénal; comp. Toullier, t. V, nos 186, 187; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 465; Larombière, t. V, art. 1348, n° 16.)

176. — Mais, il faut, comme nous venons de le dire, que le dol et la convention soient concomitants, et qu'ils se lient, l'un à l'autre, de manière à ne former qu'un seul acte.

La doctrine, qui précède, ne serait pas applicable, s'il en était autrement.

Et nous croyons devoir, pour faire mieux apparaître cette différence, citer encore un arrêt de la Cour suprême, qui la met en relief :

« Attendu que les démarches *ultérieures,* relatées au jugement, ne se rattachent à aucune manœuvre *antérieure*, qui aurait déterminé la remise de ladite quittance, et *que le jugement, dont il s'agit, ne constate, ni dans la période antérieure, ni au moment de la remise de ladite quittance,* l'intervention d'un tiers, ou autre moyen de nature à surprendre la volonté du créancier, si ce n'est la simple promesse de payement.... » (10 mai 1850, Collet, Dev., 1850, I, 816).

C'est-à-dire qu'il faut que les manœuvres dolosives aient eu pour résultat d'agir non-seulement sur le fond de la convention, mais sur la manière de la constater, trompant, à la fois, la partie sur ces deux points.

177. — M. Larombière ajoute que « par les mêmes raisons, la preuve par témoins est recevable, lorsque le dol a été pratiqué en vue de déterminer la personne, qui en a été la victime, à ne point exiger une preuve littérale » (t. V, art. 1348, n° 16).

Les exemples qui précèdent ne sont, en effet, que des applications de cette doctrine.

Et, toutefois, il nous paraît important de signaler le danger qu'il pourrait y avoir à ne point maintenir sévèrement la limite, qui sépare les deux hypothèses, que nous venons d'examiner.

Il ne faudrait pas admettre, par exemple, qu'il suffirait à une partie d'alléguer que, si elle n'a pas une preuve littérale, c'est qu'elle a été déterminée par les déclarations mensongères ou les promesses fallacieuses de l'autre partie, à ne point l'exiger.

Ces déclarations ou promesses ont-elles mis la partie dans l'impossibilité, conformément à l'article 1348, d'exiger, en effet, une preuve littérale?

Il serait imprudent de le décider ainsi en thèse.

Le plus généralement même, les manœuvres de ce genre ne constituent que le *dolus incidens in contractum,* c'est-à-dire un dol, dont la partie, avec un peu moins de

confiance, aurait bien pu se défendre, et qui n'a pas créé, pour elle, l'impossibilité de se procurer une preuve par écrit (Comp. Cass., 29 octobre 1810, Sirey, 1811, I, 50; Cass., 2 nov. 1812, Sirey, 1813, I, 146; Cass., 10 mai 1850, Collet, Dev., 1850, I, 816; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 465).

178. — De même que le *dol*, pratiqué par l'une des parties contractantes envers l'autre, la *fraude*, pratiquée par les parties contractantes envers un tiers, peut être prouvée par témoins;

Par une raison au moins égale! car, le tiers, qui est étranger à la convention, d'où résulte pour lui le préjudice, n'a pas pu s'en procurer une preuve par écrit (art. 1348).

C'est ainsi que la preuve testimoniale est admissible à l'appui de l'action Paulienne, par laquelle les créanciers attaquent, conformément à l'article 1167, les actes faits par leur débiteur, en fraude de leurs droits (Comp. Cass., 28 mars 1829, Sirey, 1829, I, 135; Cass., 5 janv. 1831, Dev., 1831, I, 8; Toullier, t. V, n°s 164, 166, 184; Duranton, t. XIII, n° 388; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 665).

179. — Il en est ainsi de la simulation, lorsqu'elle est pratiquée au préjudice des tiers.

La simulation est, en effet, une fraude; c'est une espèce du genre.

« Chacun, disait Pothier, est admis à la preuve testimoniale des fraudes qu'on lui a faites. Par exemple, on doit permettre la preuve par témoins des pactions secrètes pour faire passer les biens d'un défunt à une personne prohibée, en fraude de ses héritiers » (n° 813, *et des Donations entre mari et femme*, n° 94; comp. Furgole, *des Testaments*, ch. VI, sect. III, n° 261).

Telle est toujours notre règle.

Un héritier, même non réservataire, demande à prouver par témoins que son auteur a fait des dispositions à

titre gratuit au profit d'un incapable, soit sous le voile de contrats à titre onéreux, soit par l'intermédiaire de personnes interposées.

Il doit y être admis (Comp. notre *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, t. I, nos 550 et 634; Toulouse, 22 janv. 1838, d'Aiguy, Dev., 1838, II, 129; Cass., 2 juill. 1839, Villetegnier, Dev., 1839, I, 626; Cass., 20 avril 1847, Larrey, Dev., 1847, I, 437; Cass., 13 janv., Ville, et 3 mars 1857, de Sauvan, Dev., 1857, I, 180 et 182; Réquisitoire de M. de Marchangy, Sirey, 1820, II, 25; Duranton, t. VIII, n° 267; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 466; Larombière, t. V, art. 1348, n° 21).

180. — Spécialement, l'héritier réservataire, qui demande à prouver que son auteur a fait une donation déguisée en fraude de sa réserve légale, doit de même y être admis (Comp. notre *Traité* précité, t. II, n° 336; Toulouse, 15 mars 1834, Dev., 1834, II, 537; Bordeaux, 7 mars 1835, Dev., 1835, II, 263).

181. — Mais, entre les parties contractantes elles-mêmes, quel est l'effet de la simulation?

L'une d'elles peut-elle être admise à en établir la preuve par témoins contre l'autre, afin de se soustraire au préjudice, qui en résulte pour elle?

Nous pensons qu'il faut répondre :

Non, s'il s'agit d'une simulation, qui ne lèse qu'un intérêt privé, et qui ne constitue qu'une *fraude à la personne;*

Oui, s'il s'agit d'une simulation, qui lèse un intérêt public, et qui constitue une *fraude à la loi.*

182. — *a.* Voici un acte, par lequel Pierre reconnaît avoir reçu de Paul 100 000 francs.

Et lorsque Paul réclame, contre lui, la restitution de cette somme, Pierre demande à prouver, par témoins, qu'il n'a reçu que 20 000 francs, ou même qu'il n'a rien reçu du tout. C'est, par exemple, un mari, qui, ayant reconnu, dans son contrat de mariage, avoir reçu de sa

femme une dot de 100 000 francs, soutient, après la séparation de biens prononcée (ou ses héritiers, après sa mort), que ce prétendu apport est simulé.

Il n'allègue d'ailleurs, ni dol, ni erreur, ni violence.

Et il ne produit pas non plus un commencement de preuve par écrit.

Eh bien! nous disons que la preuve testimoniale de cette simulation n'est pas admissible.

Pourquoi?

Par une raison bien simple!

« *Parce qu'il lui a été très-possible*, dit la Cour de cassation, *de se procurer une preuve écrite de son allégation.* » (30 avril 1838, André, Dev., 1838, I, 437; Cass. 8 janv. 1817, Sirey, 1817, I, 51; Cass. 6 août 1828, Sirey, 1828, I, 305; Paris, 26 nov. 1836, André, Dev., 1837, II, 34.)

D'où il suit que l'exception décrétée par l'article 1348 n'est pas applicable.

Mais cette prétendue dette n'a pas de cause, puisque la cause, qui y est énoncée, n'est pas vraie!

C'est votre allégation; mais elle est démentie par cet acte, auquel vous avez donné votre consentement.

Et puisque votre consentement était libre, il fallait ou ne point le donner, ou vous réserver, au moyen d'une contre-lettre, le moyen de prouver la simulation.

Mais l'autre partie, qui se prévaut d'un tel acte, est de mauvaise foi!

C'est encore votre allégation, qui demeure vaine, en présence de cet acte écrit, que vous avez signé.

Et puis, d'ailleurs, cette mauvaise foi n'aurait pas le caractère juridique du dol; car elle serait postérieure à la convention, et n'aurait pu avoir, dès lors, aucune influence déterminante sur votre consentement.

Donc, la fausseté de la cause énoncée ne saurait être établie, entre les parties, par la preuve testimoniale;

Si ce n'est dans le cas où cette fausseté serait reconnue

par les parties; auquel cas, la preuve testimoniale pourrait être admise pour établir l'existence de la cause véritable. (Comp. Cass., 8 avril 1835, Razand, Dev., 1836, I, 37; Toullier, t. V, nos 178, 184; Duranton, t. X, n° 357; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 466; Larombière, t. V, art. 1348, n° 18.)

183. — La même solution doit être appliquée à toutes les hypothèses semblables, dans lesquelles il s'agit d'une simulation, qui ne constitue qu'une fraude à la personne :

Comme si un donateur déguise une donation sous la forme d'une vente, dont le prix est quittancé par l'acte;

Comme si un débiteur obtient, sans faire le payement, une quittance de son créancier et la lui oppose ensuite, en soutenant qu'il est libéré. (Comp. Cass. 10 mai 1850, Collet, Dev., 1850, I, 816.)

184. — *b.* Nous avons dit, au contraire, que la preuve testimoniale de la simulation, concertée entre les parties, est admissible, lorsque cette simulation constitue une fraude à la loi. (*Supra*, n° 182.)

Pierre a reconnu devoir à Paul une somme de 20 000 fr.; l'acte souscrit par lui porte que cette obligation a pour cause un prêt d'argent ou un prix de vente.

Mais, lorsque Paul lui en demande le payement, Pierre répond que la cause énoncée dans l'acte est fausse, et que la vraie cause de l'obligation, qu'il a souscrite, est un dédit de mariage.

Il demande, en conséquence, à fournir la preuve testimoniale de cette simulation, qui constitue, dit-il, une fraude à la loi.

La Cour de Riom, par un arrêt du 6 avril 1817, l'admit à la preuve par lui offerte.

Mais cet arrêt fut cassé, par le motif que l'allégation d'une prétendue fraude à la loi ne pouvait pas rendre la preuve testimoniale admissible de la part des parties con-

tractantes elles-mêmes. (29 mai 1827, Lapeyre, Sirey, 1827, I, 313.)

La Cour de Lyon, saisie de l'affaire par l'arrêt de renvoi, décida, au contraire, comme la Cour de Riom, que la preuve testimoniale était admissible. (21 mai 1832, Boulet, Dev., 1832, II, 391.)

Un nouveau pourvoi en cassation ayant été formé, la Cour suprême, en audience solennelle, admit cette fois, elle-même, sur les conclusions conformes de M. le procureur général Dupin, la doctrine des arrêts de Riom et de Lyon. (7 mai 1836, Boulet, Dev., 1836, I, 574.)

Cette jurisprudence n'a fait, depuis lors, que s'affermir; et on peut la considérer désormais comme constante. (Comp. *infra* les citations n° 185.)

La doctrine, qu'elle consacre, a été, toutefois, vivement combattue. Notre regretté confrère, Devilleneuve, notamment, a exprimé son dissentiment dans des *Observations* critiques remarquables. (1836, I, 579-584.)

La règle, dit-il, formellement écrite dans l'article 1341, c'est la prohibition de la preuve testimoniale; règle, qui doit être maintenue toutes les fois que l'on ne se trouve pas dans un des cas d'exception admis par la loi elle-même : 1° dans la disposition finale de l'article 1341; 2° dans l'article 1347; 3° dans l'article 1348;

Or, le fait, dont il s'agit, ne rentre dans aucune de ces exceptions :

Ni dans la première, puisqu'il ne s'agit pas d'affaires commerciales;

Ni dans la seconde, puisqu'on ne suppose pas l'existence d'un commencement de preuve par écrit;

Ni dans la troisième, puisque la partie, qui a sciemment et volontairement consenti elle-même à la prétendue simulation, qu'elle allègue, aurait très-bien pu n'y pas consentir, ou, si elle y consentait, s'en procurer du moins une preuve par écrit.

Il est si vrai que la section : *de la Preuve testimoniale*

ne fournit aucun moyen à la thèse contraire, que ses partisans ont été réduits à chercher ce moyen ailleurs, à la section : *des Présomptions,* dans l'article 1353.

Mais il suffit de remarquer :

1° Que le texte même de cet article, qui admet les *présomptions,* lorsque l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol, n'admet pas la *preuve testimoniale;*

2° Qu'il est possible d'expliquer la différence que le législateur a faite entre ces deux modes de preuve, par ce motif que l'admission de la preuve testimoniale, par laquelle le juge se soumet d'avance, jusqu'à un certain point, à la raison et à la conscience d'un autre, présente plus de danger que de simples présomptions, auxquelles le juge est toujours le maître d'accorder le degré de force probante que lui dictent sa raison et sa conscience.

D'où l'excellent arrêtiste concluait que la solution consacrée par la Cour de cassation, présente le danger sérieux d'*ébranler fortement le système de notre législation civile en matière de preuve, et de porter une atteinte véritable à la sage prohibition de l'article* 1341.

185. — Voici notre réponse :

1° Nous ne concédons pas que la section : *De la Preuve testimoniale* ne puisse pas fournir la solution de cette thèse.

Cette solution se trouve, au contraire, suivant nous, dans l'article 1348.

Cet article dispose que celui qui a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite de l'obligation qui a été contractée envers lui, doit être admis à la preuve par témoins; et ce texte s'applique à l'impossibilité morale comme à l'impossibilité physique;

Or, les parties, qui concertent, entre elles, une convention simulée pour faire fraude à une disposition d'ordre public, entendent évidemment que cette convention les engage aussi solidement que si elle était vraie et licite.

Si l'une d'elles demandait à l'autre de reconnaître, par une contre-lettre, que la convention est simulée, elle annoncerait, par cela même, l'intention de la violer; et celle-ci refuserait certainement d'y consentir;

Donc, l'existence d'une contre-lettre, dont l'effet serait de réserver à l'une des parties le moyen de dénoncer la simulation, est essentiellement incompatible avec cette simulation même!

On se récrie que la partie, au préjudice de laquelle la simulation a eu lieu, était libre de n'y pas consentir!

Il s'en faut bien que cette objection soit exacte; car le plus souvent, ces conventions simulées sont le résultat d'une contrainte morale, qui ne laisse pas à la partie la liberté de son consentement.

Mais la question n'est pas là; il ne s'agit pas de savoir si la partie pouvait ou ne pouvait pas consentir à la simulation.

Pouvait-elle, dès qu'elle y consentait, s'en procurer une preuve écrite?

Voilà la seule question; et nous croyons avoir prouvé qu'il faut la résoudre par application de l'article 1348.

2° Ce n'est pas, du reste, que nous refusions le secours de l'article 1353, sur lequel plusieurs des partisans de la doctrine, que nous défendons, se sont surtout appuyés.

Cet article est ainsi conçu :

« Les présomptions, qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans le cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. »

On a voulu déduire de la disposition finale de ce texte, que *les preuves testimoniales* ne sont pas admissibles, *lorsque l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol;*

et il faut bien reconnaître que les dernières expressions de l'article sembleraient favoriser cette interprétation.

Mais le résultat en est si contraire à l'intention formellement exprimée par le législateur, que l'on ne doit pas hésiter à dire que les expressions finales de l'article ne sont, suivant le mot de M. Bonnier, *qu'une véritable rédondance* (n° 815).

« *On doit observer que cette exclusion de la preuve testimoniale ne s'étend pas au cas de fraude* », disait Bigot-Préameneu au Tribunat, en expliquant les articles 1341 et suivants.

Et Jaubert, expliquant l'article 1353, s'exprimait ainsi :

« La fraude et le dol ne se présument pas ; *mais celui qui les allègue doit être admis à pouvoir les prouver par témoins;* car si la fraude ne se présume pas, ceux qui la commettent ne manquent pas d'employer tous les moyens pour la cacher. La morale publique exige donc que la preuve testimoniale soit admise dans cette matière; et c'est là que le juge doit pouvoir faire usage de toute sa perspicacité pour pénétrer tous les replis de l'homme artificieux. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 107 et 534.)

En présence de déclarations aussi explicites, il nous paraît impossible d'induire de la rédaction embrouillée de l'article 1353, que les preuves testimoniales ne sont pas admissibles, à l'égal de présomptions, dans les cas de fraude et de dol;

D'autant plus que cette différence serait tout à fait irrationnelle. Est-ce que, en effet, ces deux modes de preuves n'ont pas le même caractère? ne sont-ils pas liés l'un à l'autre par la plus étroite identité? assurément oui! car ils se prêtent un mutuel appui, et se complètent souvent l'un par l'autre. — Il existe, dans telle affaire, certaines présomptions; mais elles reposent sur des faits, qui ne sont pas constants; la preuve testimoniale pourra établir ces faits. — Et, dans telle autre affaire, la preuve testimoniale, d'abord admise, pourra produire elle-même

des présomptions, qui n'existaient pas et qui détermineront la conviction du juge.

Mais le juge, qui ordonne une enquête, s'engage d'avance à se soumettre aux dépositions des témoins !

Eh ! vraiment non ; il n'est nullement lié par le jugement qui a ordonné l'enquête.

Aussi, cette différence, que l'on a voulu faire, dans ces derniers temps, entre la preuve testimoniale et les présomptions, en ce qui concerne le dol et la fraude, n'a-t-elle jamais été faite. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Indices*, § 2 ; Bonnier, n° 815.)

Il est donc établi que l'article 1353 lui-même vient à l'appui de notre thèse, loin de la contredire.

Et nous résumons ainsi l'argument, qu'il nous fournit :

La preuve testimoniale est admissible dans les mêmes cas où les présomptions sont admissibles ;

Or, d'après l'article 1353, les présomptions sont admissibles dans le cas où l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol ;

Donc, dans ce cas aussi, sont admissibles les preuves testimoniales, surtout quand il s'agit d'une fraude à la loi.

3° C'est que, en effet, un grand intérêt public exige que la preuve testimoniale soit admise en ces sortes d'affaires.

Les dispositions, que le législateur décrète pour le maintien de l'ordre social, ne sauraient être vaines ; et c'est son devoir d'en assurer la sanction, en autorisant les moyens qui peuvent déjouer les fraudes par lesquelles les parties entreprennent de s'y soustraire ;

Or, le moyen le plus sûr à cet effet, et très-souvent le seul moyen, c'est la preuve testimoniale ; précisément parce que les parties, qui commettent ces simulations, ont grand soin de n'en laisser aucune preuve écrite !

Est-ce que la partie qui dénonce cette simulation, à laquelle elle a donné son consentement, aurait pu re-

noncer à invoquer la nullité de la convention illicite, qu'elle déguise?

Non, sans doute!

Eh bien, ce qu'elle n'aurait pas pu faire directement, elle n'a pas pu le faire indirectement.

Et voilà encore la différence, qui distingue la fraude à la loi d'avec la fraude à la personne; c'est que la partie, lorsqu'il s'agit d'une simple fraude à la personne, aurait pu renoncer directement à la disposition de la loi, qui n'avait trait qu'à son intérêt privé; or, ce qu'elle aurait pu faire directement, elle a pu le faire indirectement, sous le voile d'une simulation. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, art. 931; Cass., 11 frimaire an X, Sirey, 2, 2, 140; Cass., 4 janv. 1808, Sirey, 1808, I, 249; Cass., 30 mai 1838, Bouvier; et 11 juin 1838, de Lavit, Dev., 1838, I, 492-497; Nîmes, 25 janv. 1839, de Lavit, Dev., 1839, 2, 375; Montpellier, 8 février 1876, Caverivière, Dev. 1876, 2, 295.)

186. — Ce n'est, bien entendu, que comme exemple, que nous avons cité le cas où la convention simulée sous la forme d'une reconnaissance de prêt d'argent ou de prix de vente, a pour cause un dédit de mariage.

Il faut évidemment appliquer la même doctrine :

Au cas, où elle aurait pour cause une dette de jeu. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Jeu*, n° 4; Duranton, t. X, n° 370, et t. XIII, n° 332.)

187. — De même au cas, où elle aurait pour cause des intérêts usuraires. (Comp. Cass., 2 déc. 1813, Sirey, 1814, 1. 30; Cass., 22 mars 1824, Sirey, 1825, 1, 43; Douai, 27 avril 1827, Sirey, 1828, II, 341; Angers, 27 mars 1829, Sirey, 1829, 2, 336; Caen, 26 janv. 1846, Dubois, 1846, 2, 499; Cass., 29 janv. 1867, Poictevin, Dev., 1867, 1, 245; Cass., 27 juill. 1874, Debrion, Dev., 1875, 1, 15.)

188. — Plus généralement, il faut appliquer la même doctrine à tous les cas où la convention simulée, énon-

çant une cause licite, n'aurait, en réalité, qu'une de ces causes illicites, qui, aux termes de l'article 1131, ne peuvent avoir aucun effet.

Le principe ainsi posé, on comprend combien les applications peuvent en être nombreuses.

Outre les exemples que nous venons de citer, la jurisprudence en offre bien d'autres, dont la conclusion commune est toujours celle-ci :

Que la preuve testimoniale est admissible pour démontrer la simulation d'une convention, dont la cause véritable serait une atteinte :

Soit aux bonnes mœurs et à l'ordre public ;

Soit à une disposition de la loi, qui se propose un but d'utilité générale ;

Soit à une disposition de la loi, dont le but est de protéger souverainement certains intérêts ou certaines personnes. (Comp. Nîmes, 26 nov. 1828, Sirey, 1829, 2, 112; Montpellier, 12 juin 1834, Dev., 1835, 2, 24; Limoges, 28 févr. 1839, Chabrier, Dev., 1839, 2, 375; Nîmes, 10 juin 1847, G...., Dev., 1848, 2, 147; Lyon, 17 nov. 1848, Mourgues, Dev., 1849, 2, 334; Cass., 13 janv. 1875, Morin, D., 1876, 1, 159; Troplong, *Des Contrats aléatoires*, n° 269; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 468-469; Bonnier, n° 815; Larombière, t. V, art. 1348, n°s 19-20.)

189. — II. — La seconde application, que le législateur a faite du principe posé dans l'article 1348, est relative aux dépôts nécessaires.

L'article 1341 applique expressément au dépôt volontaire les deux règles prohibitives de la preuve testimoniale.

Mais le motif même sur lequel ces règles sont fondées, ne permettait pas de les appliquer au dépôt nécessaire.

Grande est, en effet, la différence entre l'un et l'autre; et cette différence ressort de la qualification même, qui est donnée à chacun d'eux.

Aussi, a-t-elle de tout temps été faite :

« *Merito*, disait Ulpien, *has causas deponendi separavit Prætor, quæ continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem.* » (L. I, § I, ff. *Depositi.*)

190. — Le dépôt nécessaire est de deux sortes :

a. — Celui qui est forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage;

b. — Celui qui est fait par le voyageur, des effets qu'il apporte chez les aubergistes ou hôteliers.

Le législateur de notre Code en a posé les règles dans la section v du titre XI. (Art. 1949 à 1955.)

Et ce serait un hors-d'œuvre que d'entreprendre de les exposer ici.

Nous devons nous borner au seul point, qui fait l'objet de notre étude, c'est-à-dire à justifier, pour ce cas, l'admissibilité de la preuve testimoniale (art. 1950).

191. — *a.* — Le dépôt fait en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, est le dépôt nécessaire proprement dit, *le depositum miserabile !*

Pothier expliquait très-bien cette exception :

« Par exemple, si, dans l'accident d'un incendie, ou de la ruine d'une maison, qui vient à s'écrouler, celui qui l'habite dépose avec précipitation, chez ses voisins, les meubles, qu'il a sauvés des flammes ou de la ruine, et que ses voisins disconviennent du dépôt, il sera admis à la preuve par témoins des choses qu'il leur a confiées, à quelque somme que puisse en monter la valeur; car la précipitation avec laquelle il a été obligé de faire ce dépôt, ne lui a pas permis de s'en procurer une preuve par écrit.

« Il en est de même, lorsque, dans le temps d'une émeute ou d'une excursion d'ennemis, je détourne par une porte de derrière, mes meubles, que je confie au premier venu, pour les sauver du pillage des ennemis ou des séditieux prêts à entrer dans ma maison; ou lors-

qu'un vaisseau étant échoué sur le rivage, je confie mes marchandises à la hâte à ceux qui se présentent. En tous ces cas, il est évident qu'on n'a pas pu se procurer une preuve par écrit de ces dépôts; c'est pour cela que l'Ordonnance de 1667 en permet la preuve par témoins. (n° 815).

192. — *b. Le dépôt d'hôtellerie*, comme on l'appelle, a toujours été, par assimilation, considéré comme un dépôt nécessaire. (Comp. le titre du Digeste : *Nautæ, caupones, stabularii, ut recepta restituant.*)

Les circonstances dans lesquelles il est fait n'ont pas, sans doute, le même caractère que celles dans lesquelles est fait le vrai dépôt nécessaire; et elles semblent être, en effet, moins impérieuses.

Mais si la cause en est différente, la nécessité elle-même existe, à vrai dire, au même degré.

Est-ce qu'il serait possible à l'hôtelier de faire l'inventaire ou même la description la plus sommaire des effets, que les voyageurs apportent chez lui; des voyageurs, qui arrivent si nombreux, en même temps; et qui se renouvellent incessamment, par une succession non interrompue d'arrivées et de départs!

Ajoutez que ces dépositaires, les voyageurs, en général, ne peuvent guère les choisir, et qu'ils acceptent souvent celui chez lequel le commissionnaire ou le cocher les conduit.

Ne peut-on pas dire aussi que ce dépôt est fait dans l'intérêt du dépositaire tout autant que dans l'intérêt du déposant. « .... *Nam non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt* ». (L. 5, *Princ.* ff. *Nautæ;* art. 1928; Pothier, *du Dépôt*, n° 77.)

193. — De ces expressions : .... dépôts *faits par les* VOYAGEURS LOGEANT *dans une hôtellerie*, il semble, à première vue, que l'on devrait conclure que la preuve testimoniale n'est admissible que de la part de ceux, qui arrivent du dehors, et qui prennent, en même temps, dans l'hôtellerie, le logement et la nourriture.

Mais le motif, sur lequel cette disposition est fondée, ne permet pas d'admettre cette interprétation restrictive.

Aussi, est-il généralement reconnu qu'elle est applicable :

Soit à ceux qui y prennent seulement le logement, sans y prendre la nourriture; c'est ainsi que la preuve testimoniale est admise contre le *logeur en garni*. (Comp., art. 2 de la loi du 25 mai 1838; Masson, *Traité des locations en garni*);

Soit à ceux qui y prennent la nourriture, ou, comme on dit, une *consommation* quelconque, sans y prendre le logement; c'est ainsi que l'on a assimilé aux hôtelleries les restaurants et les cafés; et que même l'assimilation a été étendue aux bains publics. (Comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Dépôt nécessaire;* Troplong, *du Dépôt*, n°s 228-229; Larombière, t. V, art. 1348, n°s 30 et 34; Bonnier, n° 173; Emile Agnel, *Code manuel des propriétaires et locataires, hôteliers, aubergistes et logeurs*, n°s 954-956; voy. pourtant Duvergier, n° 522.)

194. — L'article 1348 ajoute :

« Le tout, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait; »

Disposition, que le législateur de 1804 a reproduite, d'après l'Ordonnance de 1667.

Remarquons que cette disposition est commune aux deux sortes de dépôts nécessaires.

Et très-justement!

Il fallait accorder aux magistrats le moyen de déjouer les prétentions mensongères, par lesquelles des *fripons et des escrocs*, dit M. Larombière, tenteraient de mettre à profit un accident fortuit ou leur entrée dans une auberge!

Et, à cet effet, notre texte, conformément d'ailleurs au Droit commun, en matière de preuve testimoniale, leur attribue un pouvoir discrétionnaire :

1° Pour admettre ou rejeter la preuve testimoniale de

l'existence du dépôt; pour la rejeter, disons-nous, lors même que les faits allégués paraîtraient pertinents, si leur conviction est, d'après la qualité des personnes et les circonstances du fait, que la prétention n'est pas fondée ;

2° Dans tous les cas, pour apprécier, d'après les mêmes éléments, la valeur et l'importance du dépôt prétendu. (Comp. Cass., 2 août 1864, Richardot, Dev., 1864, I, 461.)

195. — Si équitable que puisse être la disposition de l'article 1348, elle n'en constitue pas moins une exception, que l'on ne doit pas étendre à des applications, qui ne seraient justifiées ni par le texte, ni par l'identité de ses motifs.

C'est pourquoi nous pensons qu'elle ne doit pas être appliquée à la remise des objets destinés à être transportés d'un lieu dans un autre.

Pourtant, aux termes de l'article 1782 :

« Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses, qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, dont il est parlé au titre du *Dépôt et du Séquestre.* »

Il est vrai!

Mais cet article ne soumet, bien entendu, les voituriers par terre et par eau, aux mêmes obligations que les aubergistes, que lorsqu'il est prouvé que des objets leur ont été remis pour être transportés.

Or, de quelle manière cette preuve doit-elle être faite ?

Il n'en dit rien.

Donc, la preuve, dans ce cas, demeure soumise à la règle et ne rentre pas dans l'exception.

Elle y rentre d'autant moins, qu'il est, en cas pareil, très-possible à l'expéditeur de se procurer une preuve par écrit, et que, en effet, aux termes de l'article 1785 :

« Les entrepreneurs de voitures publiques par terre et

par eau, et ceux des roulages publics, doivent tenir registre de l'argent, des effets, et des paquets, dont ils se chargent. »

La preuve pourra donc être faite, disons-nous, d'après le Droit commun.

Par écrit? dans tous les cas sans doute.

Et par témoins?

Question controversée qui nous paraît devoir être résolue par une distinction, suivant que le transport constitue ou ne constitue pas une opération de commerce. (Comp. Cass. 10 nov. 1829, Buchon, D., 1829, I, 378; Toulouse, 9 juill. 1829, Desplats, D., 1830, II, 3; Grenoble, 9 août 1833, Gringeat, D., 1834, II, 96; Rouen, 17 mai 1867, Menu-Sellier, Dev., 1868, II, 47; Duranton, t. XVII, n° 242; Duvergier, t. II, n° 321; Troplong, *du Louage*, n° 908; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 463-464; Bonnier, n° 173; Colmet de Santerre, t. V, n° 323 *bis*, II; Larombière, t. V, art. 1348, n° 35.)

196. — Rodier considérait comme un dépôt nécessaire la remise à un joaillier, à un tailleur, et autres artistes ou ouvriers, d'objets se rattachant à leur art et à leur industrie.

Et il en admettait la preuve testimoniale, par le motif que c'est sur la foi publique que ces objets leur sont remis, sans que jamais on songe à retirer d'eux une reconnaissance écrite (sur l'Ordonnance de 1667, tit. XX, art. 4).

Mais est-ce qu'il est impossible, physiquement ou moralement, de se procurer cette reconnaissance?

Apparemment non!

Or, telle est la condition, sous laquelle le dépôt nécessaire existe.

Nous croyons donc que la preuve testimoniale ne serait pas admissible, si constant que puisse être l'usage où l'on est de remettre ces sortes d'objets à l'artiste ou à l'ouvrier, sans en retirer un reçu;

Que la preuve testimoniale, disons-nous, n'en serait pas admissible, en vertu de l'article 1348 du Code Napoléon ;

Sauf à la déclarer admissible, en vertu de l'article 109 du Code de commerce, en tant que le fait d'art ou d'industrie, en question, constituerait un acte commercial. (Comp. Bonnier, n° 173 ; Larombière, t. V, art. 1348, n° 38.)

197. — Les mêmes motifs nous portent à décider que l'exception du numéro 2 de l'article 1348 ne devrait pas être appliquée à la remise prétendue de titres ou de pièces à un huissier, à un avoué, ou autre officier public.

Telle paraît avoir été, en effet, notre ancienne jurisprudence, d'après un arrêt du 30 décembre 1602, que Jousse rapporte en l'approuvant (sur l'art. 2 du titre XX de l'Ordonnance de 1667).

Duranton, toutefois, a exprimé, sous l'empire de notre Code, un sentiment contraire :

« C'est là, dit-il, aussi un dépôt nécessaire; parce qu'il y a *nécessité* de remettre des pièces à un officier ministériel pour faire des poursuites, comme il y a nécessité, pour un voyageur, de déposer ses effets dans l'auberge où il loge, et qu'il n'est pas plus d'usage de retirer un reçu de cet officier que d'un aubergiste. » (T. XIII, n° 316.)

Mais combien il s'en faut que la comparaison soit exacte !

Aussi, notre texte, qui comprend les aubergistes dans l'exception, n'y comprend-il pas les officiers ministériels. (Comp. Bordeaux, 6 nov. 1838, Demontmort, Dev., 1838, II, 592.)

198. — Vous prétendez avoir remis des actions industrielles à un agent de change, pour une cause quelconque, à titre de dépôt ou pour les négocier.

Ces actions excéderaient, d'après votre dire, la valeur de cent cinquante francs.

Où donc est la preuve écrite de la remise, que vous alléguez ?

De preuve écrite, dites-vous, je n'en ai pas ; et je n'en pouvais pas avoir, puisque l'usage s'est introduit, chez les agents de change, de refuser un récipissé des titres, valeurs ou sommes d'argent, qui sont déposés chez eux. (Comp. Mollot, *Des Bourses de commerce*, t. I, n° 190.)

Mais est-ce que cet usage a pu abroger la disposition de la loi ?

Et vous mettait-il dans l'impossibilité d'exiger un récépissé ?

Non sans doute !

Il fallait donc, si on persistait à le refuser, ne pas confier vos titres ou vos valeurs. (Comp. Bordeaux, 3 janv. 1860, Angisbout, Dev., 1860, II, 541 ; Bonnier, n° 172.)

199. — III. L'article 1348 déclare encore admissible la preuve testimoniale :

« Des obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. »

Il semblerait d'abord que ce numéro 3° fait double emploi avec le numéro 2, qui s'occupe *des cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage*, qui sont sans doute eux-mêmes des *accidents imprévus*. (Comp. art. 1952.)

Il faut reconnaître, toutefois, que cette troisième disposition n'est pas inutile, en raison de sa formule plus compréhensive.

Ce qui la distingue, c'est que le législateur n'y vise pas seulement *les dépôts nécessaires*, comme dans le numéro 2 ; il comprend plus généralement, dans le numéro 3, *les obligations*, qui auraient été contractées dans des conjonctures exceptionnelles, comme le prêt.

Toullier citait cet exemple :

En voyageant sur un grand chemin désert, je rencon-

tre un ami, un voisin, dévalisé par des Cosaques ou des brigands (*c'est tout un! disait-il*); et je lui prête 600 fr.

Il meurt; et ses collatéraux refusent de reconnaître cette dette sacrée, parce que je ne présente pas d'obligation écrite. Je dois être admis à prouver le prêt par le témoignage des personnes, qui m'accompagnaient, et de celles qui en ont entendu l'aveu de la bouche de l'emprunteur.

Il en serait de même, si, au lieu d'avoir été dévalisé, il avait eu le malheur de perdre sa bourse. (N° 199; comp. Duranton, t. XIII, n° 367; Bonnier, n° 172; Larombière, t. V, art. 1348, n° 172.)

200. — IV. Enfin, la quatrième application, que le législateur a faite au principe qu'il a posé, dans le premier alinéa de l'article 1348, est relative :

« Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu, et résultant d'une force majeure. »

« Ce n'est pas là, s'écrie Marcadé, un quatrième cas d'application du principe posé dans l'article 1348, principe qui suppose que le demandeur n'a pas pu se procurer un écrit; « *or, on ne peut pas perdre un écrit, qu'on n'a pas.* » (Art. 1348, n° 5.)

Il peut y avoir, en effet, dans ce numéro, une certaine incorrection de méthode.

Mais la disposition est très-claire; et elle se justifie d'elle-même.

Puisqu'on admet à la preuve testimoniale la partie qui a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, par une raison égale doit-on aussi admettre à cette preuve la partie qui, s'étant procuré d'abord un preuve écrite, l'a perdue par suite d'un cas fortuit et de force majeure.

Celle-ci, en effet, pas plus que l'autre, n'a manqué à l'injonction de la loi, qui exigeait qu'il fût passé un

acte écrit de la convention, dont elle affirme l'existence. (Comp. L. 18, au Code *de Testibus.*)

201. — Mais, dans cette hypothèse, l'une des plus délicates assurément, il faut que le demandeur fournisse la preuve :

1° Du cas fortuit, qu'il allègue;

2° De l'existence antérieure du titre instrumentaire de la convention ou du fait juridique contesté, et de la perte de ce titre par suite du cas fortuit;

3° De la convention elle-même ou du fait juridique sur lequel il fonde sa demande.

En tout : trois preuves testimoniales; car il est évident que les deux premiers faits, quoique notre texte ne le dise pas expressément, peuvent être aussi prouvés par témoins, puisque le demandeur n'a pas pu s'en procurer une preuve par écrit.

202. — 1° Et d'abord, il faut que le demandeur fournisse la preuve *du cas fortuit, imprévu, et résultant d'une force majeure, qu'il allègue.... causam peremptionis probantibus...*, a dit Justinien. (L. 18, Code *de Testibus; supra*, n° 199.)

De ces mots, interprétés comme nous croyons qu'ils doivent l'être, d'après le motif essentiel, sur lequel cette disposition est fondée, il faut, suivant nous, conclure :

D'une part, que la preuve testimoniale n'est pas admissible, dans le cas où la cause de la perte du titre est imputable au demandeur, à son incurie, à sa négligence;

Et d'autre part, au contraire, que la preuve testimoniale est admissible dans le cas où cette perte ne lui est pas imputable.

203. — *a.* Le demandeur vient dire :

J'ai perdu mon titre dans un déménagement; ou bien je l'ai brûlé, par méprise, croyant jeter au feu un papier sans importance; ou encore, mes enfants, en jouant, l'ont détruit.

Il fallait être plus soigneux ! il fallait garder mieux vos titres !

Et puis, en vérité, si de telles allégations étaient admissibles, c'en serait fait de nos deux règles prohibitives de la preuve testimoniale, puisque rien ne serait plus facile que de trouver des témoins, subornés ou complaisants, qui viendraient déposer de cette perte du titre et de l'existence de l'obligation !

204. — *b.* Mais aussi, en sens inverse, la preuve testimoniale nous paraît admissible dans tous les cas où la cause alléguée de la perte du titre, *causa peremptionis,* n'est pas imputable au demandeur.

Cette cause peut provenir, soit d'un accident extérieur, soit du fait d'un tiers.

Pas de difficulté, si elle provient d'un accident extérieur, qui rentre dans les expressions de la loi, incendie, ruine, tumulte ou naufrage.

205. — Pas de difficulté non plus, si le fait du tiers, auquel est imputable la perte du titre, constitue, de sa part, un délit ou un quasi-délit; car nous rentrons encore, pour ce cas, dans les expressions mêmes de la loi. (Art. 1348, 1°.)

De même, en effet, que je dois être admis à la preuve testimoniale, lorsque c'est par suite d'un délit ou d'un quasi-délit, que je n'ai pas pu me procurer une preuve écrite;

De même je dois y être admis, lorsque c'est par suite d'un délit ou d'un quasi-délit, que j'ai perdu le titre, qui faisait ma preuve écrite.

206. — Mais de cette assimilation même résulte encore une conséquence, à savoir : qu'il est nécessaire, dans ce second cas aussi, de faire la même distinction, que nous avons faite dans le premier cas.

Ou le délit, imputé au tiers, ne présuppose pas l'existence antérieure d'un fait juridique autre que celui pour la constatation duquel le titre, que le demandeur prétend avoir été détruit, doit avoir été rédigé;

Ou, au contraire, le délit imputé au tiers, présuppose l'existence antérieure d'une convention ou d'un fait juridique, qui n'est pas susceptible d'être prouvé par témoins.

La preuve testimoniale du délit, qui aurait causé la destruction du titre, serait admissible dans le premier cas;

Et elle ne serait pas admissible dans le second cas. (Comp. *supra*, nos 182 et suiv.)

207. — Paul prétend qu'il avait un acte écrit, qui constituait Pierre débiteur, envers lui, d'une somme de 10 000 francs.

Et il demande à prouver par témoins que cet acte lui a été soustrait frauduleusement, ou extorqué violemment, soit par un tiers, soit par Pierre lui-même.

La preuve par témoins sera, dans ce cas, admissible.

La Cour de cassation avait d'abord consacré une doctrine contraire dans un arrêt du 5 avril 1817, que Marcadé a vivement critiqué. (Comp. Sirey, 1817, I, 301.)

Mais la doctrine, que nous présentons, paraît avoir définitivement triomphé, et avec grande raison. (Comp. Cass., 2 avril 1834, Dev., 1835, I, 699; Cass., 14 juill. 1843, Humbert, Dev., 1843, I, 806; Cass., 18 nov. 1844, Boudonnet, Dev., 1845, I, 40; Cass., 30 janv. 1846, Mulot, Dev., 1846, I, 314; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Suppression de titre*, § 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 471; Larombière, t. V, art. 1348, n° 11.)

208. — Supposez, au contraire, que Paul vienne dire :

J'avais confié mon acte écrit, à titre de dépôt ou de mandat, à Pierre ou à une tierce personne.

Et mon dépositaire ou mandataire l'a supprimé!

Je demande à être admis à faire la preuve par témoins de cette destruction.

La preuve ne serait pas admissible.

Pourquoi?

Nous l'avons dit, c'est que Paul affirme alors l'existence d'une convention, d'un dépôt ou d'un mandat, entre lui et celui auquel il impute la destruction de son titre; convention, dont il pouvait se procurer une preuve littérale, qu'il est en faute de ne s'être pas procurée. (Comp. Cass., 23 déc. 1853, Terrier, Dev., 1854, I, 213; Larombière, *loc. supra cit.*, n° 43.)

209. — Tout fait d'un tiers, lors même que ce fait ne pourrait pas recevoir la qualification de délit, peut rendre admissible la preuve testimoniale, sous la condition d'ailleurs qu'il ait eu lieu sans la participation du créancier.

Il est vrai que l'article 1348, 4°, ne semblerait pas s'appliquer textuellement à ce cas; cet article, en effet, pour déterminer le caractère que doit avoir l'événement qui a causé la perte du titre, se sert de ces mots : *cas fortuit, imprévu, et résultant d'une force majeure.*

Mais nous avons déjà remarqué que ces mots devaient être interprétés d'après le motif essentiel, qui a dicté au législateur cette disposition;

Or, ce motif, c'est que le créancier ne doit pas être victime du fait qui a causé la perte de son titre, dès qu'il ne lui est pas imputable; est-ce que, en effet, dans ce cas, ce fait n'est pas, quant à lui, un cas fortuit et de force majeure? certainement oui! en tant qu'il le met, sans qu'on ait à lui faire aucun reproche, dans l'impossibilité de produire son titre.

Le notaire, détenteur de mon titre, l'a égaré!

Ou, mon titre a été perdu dans un déplacement d'archives!

C'est là une faute, une incurie, qui constitue, de la part des tiers auxquels elle est imputable, un quasi-délit dont je dois être admis à fournir la preuve par témoins. (Arg. de l'art. 1348.)

Sauf toujours, bien entendu, le pouvoir des juges d'apprécier, d'après les circonstances, jusqu'à quel point le

fait allégué présente les caractères d'un cas fortuit et de force majeure. (Comp. Riom, 28 nov. 1838, Vidal, Dev., 1839, II, 103; Toullier, t. V, nos 207 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 470, 471; Larombière, t. V, art. 1348, n° 48.)

210. — 2° Le demandeur doit prouver que le titre, qu'il prétend avoir été détruit ou perdu par un événement fortuit, existait avant cet événement.

Il se peut, d'ailleurs, que la même preuve établisse, à la fois, l'antériorité du titre et l'événement de force majeure, qui en a causé la perte.

Tel est le cas, que nous supposions plus haut, où je prouverais que mon titre m'a été extorqué par violence ou qu'il a été lacéré par surprise. La preuve de l'existence du titre se confond alors avec l'existence du cas fortuit, dans lequel je l'ai perdu. (*Supra*, n° 207.)

Ou encore, un incendie a consumé ma maison; et le secrétaire ou le coffre-fort, dans lequel je plaçais mes papiers, y a péri. La preuve faite d'un tel sinistre pourra être de nature à rendre vraisemblable la perte de mon titre, surtout si ma maison a été tout entière dévorée par le feu, si je n'ai pas pu sauver même seulement une partie de mes papiers, si des témoins viennent déposer qu'ils savent : que j'avais, par exemple, prêté 2000 francs à Pierre, et que celui-ci avait reconnu ce prêt par un titre; — que j'avais, depuis le prêt, fait rappeler à Pierre le jour de l'échéance; — qu'ils ont même vu ce titre dans mon secrétaire, lorsque j'en cherchais un autre dans mes papiers, etc.

211. — 3° Enfin, après cette double preuve préalablement fournie de l'antériorité du titre et du cas fortuit dans lequel il a péri, il faut que le demandeur prouve l'existence de sa créance, de sa libération, ou du fait quelconque, qu'il allègue.

Et cette troisième preuve, comme les deux premières,

pourra être fournie par témoins ; c'est, en effet, cette exception-là que nous examinons.

L'admissibilité de la preuve testimoniale de l'existence de la convention ou du fait juridique allégué par le demandeur, ne souffrira pas de difficulté, si celui-ci produit des témoins, qui déclarent avoir vu et lu l'acte même qu'il affirme avoir été détruit, et qui en rapportent la teneur, les conditions et les clauses.

Mais est-ce à dire que cette condition soit indispensable?

Non ! suivant nous ; il nous paraît certain que la preuve testimoniale doit être admise directement de l'existence même de la convention ou du fait juridique allégué, indépendamment du titre, dont la perte fortuite est prouvée.

En effet, l'article 1348 4° établit une exception aux deux règles décrétées par l'article 1341, pour le cas qui nous occupe, de la perte, par cas fortuit, du titre, qui servait de preuve au créancier;

Or, en quoi consistent ces deux règles de l'article 1341 ? en ceci, que la preuve directe et immédiate de la convention ou du fait juridique allégué n'est pas admissible au delà de 150 francs, ou contre le contenu aux actes ;

Donc, l'exception apportée par l'article 1348 à ces deux règles, consiste, au contraire, en ceci : que la preuve testimoniale directe et immédiate de la convention ou du fait juridique allégué, est admissible en cas de perte fortuite du titre.

Et il faut bien vraiment qu'il en soit ainsi !

Puisque la loi me dispense de représenter mon titre comme moyen de preuve, lorsque ce titre a été perdu sans aucun fait qui me soit imputable, il y aurait contradiction à exiger de moi la preuve elle-même, qui pouvait résulter de ce titre ! La logique, non moins que l'équité, voulaient donc que je fusse admis directement à la

preuve testimoniale, après avoir perdu mon titre par suite d'un cas fortuit, tout autant que si, par suite d'un cas fortuit, j'avais été dans l'impossibilité de me procurer un titre.

C'est ainsi que Pothier l'entendait :

« Je puis faire, disait-il, cette preuve par témoins, qui déposent avoir vu, entre mes mains, avant l'incendie, les billets de mes débiteurs ou les quittances de mes créanciers, dont ils connaissent l'écriture, et se souvenir de la teneur, *ou qui déposeront avoir quelque connaissance de la dette ou du payement.* » (N° 816.)

Il peut toutefois y avoir cette différence entre le cas, où, par suite d'un cas fortuit, j'ai été dans l'impossibilité de me procurer un titre, et le cas où, par suite d'un cas fortuit, j'ai perdu le titre, que je m'étais procuré, à savoir : que, dans ce dernier cas, la preuve testimoniale a surtout pour but de remplacer le titre perdu et de reproduire exactement, ni plus ni moins, les clauses qu'il contenait.

Mission délicate pour les juges, et dans l'accomplissement de laquelle M. Bonnier a pu dire qu'*ils marchent véritablement sur des charbons ardents!* (N° 175; comp. Merlin, *Quest. de Droit,* v° *Preuve*, § 7; Toullier, t. V, n°s 206 et 212; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 470; Marcadé, art. 1348, n° 5; Colmet de Santerre, t. V, n° 325 *bis*, I; Larombière, t. V, art. 1348, n° 47.)

212. — Cette appréciation peut surtout devenir, pour les juges, un sujet de perplexités, lorsque le titre perdu, sous seing privé ou authentique, était soumis à certaines formalités, sans lesquelles il ne pouvait pas faire preuve.

L'exception décrétée par le numéro 4 de l'article 1348 est applicable, en effet, aux titres de cette espèce, comme aux autres.

Et, dans ce cas, il faut que le demandeur fournisse, en outre, cette double preuve :

1° Que le titre perdu avait été rédigé d'après les for-

malités prescrites par la loi, non pas seulement *ad probationem*, mais encore *ad solennitatem ;*

2° Quelles en étaient les dispositions, puisque ces dispositions ne pouvaient exister, aux yeux de la loi, qu'autant qu'elles étaient, en effet, contenues dans ce titre.

Nous avons appliqué cette solution à la perte d'un testament par cas fortuit; nous ne pouvons que nous référer aux motifs, que nous en avons fournis, et qui sont applicables à tous les autres actes solennels (Comp. notre *Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, t. IV, n° 34; Cass. 12 déc. 1859, Pantard, Dev., 1860, I, 630; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Preuve*, § 7; Toullier, t. V, n° 215; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 419).

213. — Il nous reste à examiner une dernière question; à savoir :

Si le juge peut admettre la preuve testimoniale, dans les deux cas où l'article 1341 la déclare inadmissible, lorsque la partie, contre laquelle cette preuve est demandée, ne s'oppose point à ce qu'elle soit admise, ou même y consent expressément?

Cette question avait été agitée sous l'empire de l'Ordonnance de 1667; et elle y avait reçu une solution négative.

Il est vrai que Poullain du Parc professait que le consentement du défendeur à l'admission de la preuve par témoins, même dans un litige dont l'objet excédait cent livres, rendait la preuve admissible (*Principes de Droit*, t. IX, n°s 40-41).

Tel était aussi l'avis exprimé par Jousse, quoique en des termes moins absolus (sur l'art. 2, du tit. XX de l'Ordonnance de 1667).

Mais cette opinion n'avait pas prévalu; et la jurisprudence des arrêts, d'accord avec la doctrine des auteurs, décidait généralement que la preuve testimoniale ne pouvait pas être reçue en dehors des termes de l'Ordon-

nance, même avec le consentement de toutes les parties intéressées. (Comp. Vrevin, *Observations* sur l'art. 54 de l'Ordonn. de Moulins, ch. IV; Danty, *Additions* sur Boiceau, ch. I, nos 27-9; Rodier, sur l'art. 2 du tit. XX de l'Ordonn. de 1667; Brodeau sur Louet, lettre D, § 33; Merlin, *Répert.*, v° *Preuve*, sect. II, § 3, nos 28-33.)

214. — C'est la doctrine contraire, qui semblerait prévaloir sous l'empire de notre Code.

Du moins, quelques arrêts l'ont-ils consacrée; et plusieurs jurisconsultes, entre les plus autorisés, y ont donné leur adhésion, ne voyant dans les textes, qui prohibent la preuve testimoniale, que des dispositions d'intérêt privé, auxquelles les parties sont libres de déroger. (Comp. Bourges, 16 déc. 1826, Sirey, 1827, II, 120; Rennes, 25 fév. 1841, Lebreton, Dev., 1841, II, 427; Bordeaux, 16 janv. 1846, Saunier, Dev., 1846, II, 209; Duranton, t. XIII, nos 308 et 329; Favard, *Répert.*, v° *Enquête*, sect. I, § 1, n° 3; Demiau-Crousilhac, *Procédure*, p. 195; Thomines Desmasures, *Procéd. civ.*, t. I, n° 295; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Obligations*, ch. VI, sect. II, art. 2, n° 3; Carré, *Procéd. civ.*, t. I, n° 176; Boitard, *Procéd. civ.*, t. I, p. 176; Curasson, *Compét. des juges de paix*, t. I, n° 15; Bonnier, n° 177; Colmet de Santerre, t. V, n° 325 *bis*, II.)

215. — Nous devons dire pourtant que cette tendance de la doctrine et de la jurisprudence modernes nous paraît regrettable; et notre avis est, au contraire, qu'il faut décider, sous le Code Napoléon comme sous l'Ordonnance de 1667, que le consentement du défendeur ne peut pas rendre admissible la preuve testimoniale dans les cas où la loi la déclare inadmissible :

1° Aux termes de l'article 6:

« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois, qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

Or, tel est, suivant nous, le caractère de la loi, qui prohibe la preuve testimoniale ;

Le législateur a voulu ainsi prévenir la multiplicité des procès, éviter la corruption des témoins; ce sont là, au premier chef, des considérations d'ordre public.

C'est bien ainsi que le préambule de l'Ordonnance de 1667 les représentait. (*Supra,* nº 5.)

Et les auteurs de notre Code n'ont pas été moins explicites :

« A l'égard des conventions, disait M. Jaubert, dans son *Rapport au Tribunat,* comme elles sont le fruit de la réflexion de plusieurs, et qu'ainsi les contractants peuvent donner une forme à leur rédaction, le législateur peut exiger qu'elles soient rédigées par écrit ; il peut déclarer qu'il n'admettra aucune preuve testimoniale ; il doit le déclarer, *pour l'intérêt de tous, pour garantir les uns de leur erreur ou de leur faiblesse, pour empêcher les autres de se prévaloir de leur mauvaise foi, pour prévenir les procès, et pour garantir la stabilité des propriétés.* (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 526.)

2° Aussi, les textes nouveaux, de même que les textes anciens, impriment-ils ce caractère d'ordre public aux deux règles prohibitives de la preuve testimoniale.

L'Ordonnance de 1667 avait dit : « ... *ne sera reçue aucune preuve par témoins....* »

Et que disent aujourd'hui nos textes?

« *Il n'est reçu aucune preuve par témoins....* » (art. 1341.)

« *La preuve testimoniale ne peut être admise....* » (art. 1344-1345.)

« *La preuve ne peut être reçue par témoins....* » (art. 1715.)

Partout, une formule impérative! partout un injonction.

Et à qui cette injonction s'adresse-t-elle?

Aux parties?

Non, sans doute; car ce ne sont pas les parties qui *reçoivent*, qui *admettent* la preuve; elles l'offrent, elles la proposent; mais c'est le juge seul qui peut la *recevoir*, ou l'*admettre;*

Donc, c'est aux juges que la loi s'adresse.

Et tel est bien aussi le sens évident, suivant nous, des articles du Code de procédure:

253 : « Si les faits sont admissibles, qu'ils soient déniés, *et que la loi n'en défende pas la preuve*, elle pourra être ordonnée. »

254 : « Le Tribunal pourra aussi ordonner d'office la preuve des faits qui lui paraîtront concluants, *si la loi ne le défend pas.* »

Tous ces textes, disons-nous, témoignent que c'est aux juges, en effet, que la loi *défend*, en termes absolus, d'*admettre*, de *recevoir* la preuve testimoniale.

Et il est clair que le consentement des parties ne saurait lever pour eux cettte défense!

3° Notre savant collègue, M. Colmet de Santerre, objecte que « le Code civil n'a pas déclaré que sa disposition ne pouvait être enfreinte par la volonté des parties, comme il aurait dû le faire en présence des difficultés, qui s'étaient élevées autrefois, et que son silence doit être plutôt favorable à la liberté qu'à la restriction » (t. V, n° 325 *bis*, II).

Nous ferons deux réponses :

D'abord, il ne serait pas exact de dire que la solution de notre question était incertaine autrefois; nous croyons avoir démontré que la négative avait prévalu dans la jurisprudence des arrêts, et dans la doctrine des auteurs (*supra*, n° 213).

Mais, à supposer même que la question eût été, dans notre ancien Droit, plus controversée encore qu'on le suppose, nous maintenons qu'il n'était pas nécessaire que le législateur du nouveau Code édictât un texte exprès pour la résoudre, dès que, après avoir posé une

règle générale prohibitive, il ne voulait pas admettre une exception pour ce cas particulier.

Lorsque, en effet, le législateur pose une règle générale, il n'a nullement besoin d'exprimer en détail les cas, qui y sont compris; il est évident que tous les cas y sont compris, sauf ceux-là seulement qu'il en excepte;

Or, d'une part, l'article 1341 contient une règle générale prohibitive de la preuve par témoins; d'autre part, le cas où le défendeur consentirait à ce qu'elle fût admise, n'est pas compris dans les exceptions, que les articles 1341, 1347 et 1348 y apportent;

Donc, ce cas demeure compris dans la règle générale; et le législateur n'avait pas à l'y comprendre par une disposition spéciale.

Il y a compris, pourtant, par une disposition spéciale, *le dépôt volontaire!*

Oui; mais c'est que de graves controverses existaient sur cette espèce de convention; et c'est là, en effet, une disposition spéciale.

Est-ce que M. Colmet de Santerre ne reconnaît pas implicitement la force de notre argumentation, lorsque, pour autoriser le juge à admettre la preuve testimoniale, dans le cas où le défendeur y consent, il ajoute :

« *Outre les trois exceptions*, que nous avons énumérées avec les articles 1341, 1347 et 1348, nous devons en signaler *une quatrième.* » (*Loc. supra cit.*)

Une quatrième exception!

Mais où donc est-elle écrite?

Et quel est l'article, qui la consacre, en dehors des trois articles, que notre honoré collègue rappelle?

Il n'y en a pas!

4° Une autre objection a encore été faite.

La doctrine, que nous défendons, sera, dit-on, facilement éludée; et les parties pourront la rendre illusoire.

« Il faut remarquer, dit M. Colmet de Santerre, que la partie, à qui on refuserait le droit de consentir directement à l'enquête, arriverait indirectement à ce résultat, en donnant un écrit assez vague pour ne pas prouver contre elle, mais qui pourrait être accepté comme commencement de preuve par écrit, ou en constituant un tribunal d'arbitres, amiables compositeurs, dispensés, en cette qualité, de l'application des règles du Droit. (*Loc. supra cit.*)

Voilà une objection, qui ne nous inquiète pas.

Qu'un défendeur, qui conteste le fait allégué contre lui, consente, pour faire admettre la preuve testimoniale, à fournir lui-même, de ses propres mains, à son adversaire, un commencement de preuve par écrit, pour rendre ce fait vraisemblable, cela ne se verra guère au Palais !

Mais, ajoute M. Bonnier, est-ce que l'on ne peut pas voir *une sorte d'aveu de la part de celui*, *qui consent à laisser entendre les témoins. Or, les conventions verbales sont parfaitement valables au fond ; et un commencement de preuve par écrit suffirait pour autoriser l'enquête. Eh bien ! le consentement donné en justice n'a-t-il pas autant de force que l'indice souvent si léger, qu'on puise dans un commencement de preuve par écrit ?* (N° 177 ; ajout. Devilleneuve, *Observations*, 1849, II, 513-514.)

Comment ! voir un aveu de la part de celui qui, pour confondre son adversaire, lui déclare qu'il est prêt à accepter, dans le combat judiciaire, toutes les armes, qu'il lui plaira de choisir ! mais vraiment, c'est tout le contraire ; et nous ne pouvons y voir qu'une énergique dénégation, un véritable défi de preuves !

Mais si les parties nommaient des arbitres, amiables compositeurs !

Qu'elles nomment donc des arbitres amiables compositeurs ; et si, en effet, leur convention constitue un compromis sérieux, nous n'aurons rien à y reprendre ; car ce n'est plus là notre question.

Que si, au contraire, ce prétendu compromis n'est qu'un moyen indirect et simulé d'arriver à la preuve testimoniale, malgré la prohibition de la loi, nous n'hésitons pas à le tenir pour nul; et nous ne saurions adhérer, sur ce point, à la décision contraire, que la Cour de Bordeaux a rendue le 6 mars 1849. (Favre, Dev., 1849, II, 513; comp. Caen, 30 avril 1860, Vallée, Dev., 1860, II, 93; Merlin, *Répert.*, v° *Preuve*, sect. II, § 3, n°s 28-33; Toullier, t. V, n°s 36-41; Taulier, t. IV, p. 531; Boncenne, *Procéd. civ.*, t. IV, p. 223-229; Marcadé, art. 1348, n° 8; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 423; Larombière, t. V, art. 1347, n° 1; Laurent, t. XIX, n°s 397 et suiv.)

216. — Nous n'avons pas distingué entre le cas où le défendeur se borne à ne pas s'opposer à l'admission de la preuve testimoniale, et le cas où il déclare expressément y consentir.

Il faut toutefois que nous ajoutions que plusieurs jurisconsultes, parmi ceux que nous venons de citer, ont proposé cette distinction :

La partie se borne-t-elle à ne pas s'opposer à l'admission de la preuve testimoniale, qui est demandée contre elle, malgré la prohibition de la loi ?

Ils admettent notre doctrine; et ils décident que le juge doit suppléer d'office ce moyen et rejeter la preuve offerte.

Si, au contraire, la partie consent expressément à l'admission de la preuve testimoniale, ils décident que cette preuve devient admissible.

Mais nous ne croyons pas que cette distinction soit juridique.

De deux choses l'une :

Ou la loi prohibitive de la preuve testimoniale est d'intérêt public;

Et, dans ce cas, les parties n'y peuvent pas plus déroger par un consentement exprès que par un consentement tacite.

Ou cette loi est seulement d'intérêt privé ;

Et, dans ce cas, les parties peuvent y déroger aussi bien par un consentement tacite que par un consentement exprès.

217. — De la doctrine, que nous venons de présenter, résultent plusieurs conséquences importantes, à savoir :

Pour le juge :

1° Qu'il doit rejeter d'office la preuve testimoniale, lorsqu'elle est offerte par le demandeur, même avec le consentement du défendeur, contrairement à la prohibition de la loi ;

2° Que s'il l'a ordonnée, il ne doit pas tenir compte des enquêtes, lors du jugement définitif.

Et pour la partie :

1° Qu'elle peut porter l'appel ou se pourvoir en cassation du jugement interlocutoire, qui l'a ordonnée ;

2° Qu'elle peut même porter l'appel du jugement définitif, qui aurait été rendu en conséquence du jugement interlocutoire.

Ces conséquences, les dernières surtout, qui concernent la partie, n'ont pas manqué de fournir des arguments aux adversaires de notre doctrine.

Eh quoi ! la partie a acquiescé au jugement interlocutoire, qui a ordonné l'enquête ; et elle aura, après cela, le choix : soit d'en accepter le résultat, s'il lui est favorable ; soit de le répudier, s'il lui est contraire ! rien ne serait plus inique ; et qui ne voit aussi combien de frais frustratoires cet acquiescement conditionnel et déloyal pourrait entraîner !

D'où on conclut que la partie, après avoir acquiescé au jugement interlocutoire, qui a ordonné l'enquête, est non recevable à l'attaquer après le jugement définitif. (Cass., 31 mars 1847 ; 2 mars 1856, cités par Bonnier, n° 177 ; voy. aussi Jousse, sur l'Ordonn. de 1667, tit. XX, art. 2.)

Nous maintiendrons pourtant les conséquences de notre doctrine, parce qu'elles en dérivent logiquement,

et qu'il faut, dit M. Larombière, *en avoir le courage*. (T. V, art. 1347, n° 2.)

Ce courage, d'ailleurs, ne nous est pas difficile, par une raison très-simple : c'est que si ces conséquences se produisent, ce sera précisément parce que notre doctrine aura été méconnue !

Que le juge donc déclare, d'office, la preuve testimoniale inadmissible, dès qu'elle est demandée contrairement à la prohibition de la loi ; et aucune des conséquences, que l'on nous impute, ne pourra se produire. (Comp. Danty, sur Boiceau, ch. I, n° 9 ; Merlin, *Répert.*, v° *Preuve*, sect. II, § 3, art. 1, n° 33 ; Toullier, t. V, n°s 37-38.)

218. — La question de savoir si, dans telle ou telle espèce, la preuve testimoniale doit être admise ou rejetée, constitue-t-elle une question de droit, dont la solution, prétendue erronée, puisse être déférée à la Cour de cassation ?

Nous répondons :

Oui, s'il s'agit d'un point de droit, et de savoir si la preuve testimoniale est admissible légalement ; c'est là encore une conséquence de la doctrine, que nous venons de présenter. (*supra*, n°s 216-217) ;

Non, s'il s'agit d'un point de fait, et de savoir si la preuve offerte est ou non pertinente, ou d'apprécier les résultats de la preuve administrée. (Comp. *supra*, n° 142 ; Cass., 21 août 1840, Surville, Dev., 1840, I, 867 ; Cass., 28 fév. 1843, Lacour, Dev., 1843, I, 330 ; Cass., 28 août 1844, Lhéritier, Dev., 1844, I, 744 ; Cass., 22 mars 1852, Chevallier, Dev., 1852, I, 332 ; Cass., 15 nov. 1853, Vindassallemodelior, Dev., 1855, I, 817 ; Cass., 22 juillet 1872, Aerge, Dev., 1874, I, 73 ; Cass., 13 déc. 1875, Urbanoswski, Dev., 1877, I, 9.)

APPENDICE.

SOMMAIRE.

219. — Transition.
220. — Le juge doit-il nécessairement avoir égard au nombre des témoins? — Anciennes règles coutumières, que le Droit nouveau a abrogées.
221. — En principe, la preuve testimoniale résulte de la déposition de ceux, qui ont une connaissance personnelle du fait attaqué, pour l'avoir vu ou entendu. — Explication.
222. — De la preuve par commune renommée. — Définition. — Division.
223. — I. — Dans quels cas est-elle admissible?
224. — Suite.
225. — Suite.
226. — Suite.
227. — II. — Quelles sont les formes, d'après lesquelles la preuve par commune renommée doit être reçue ?
228. — III. — Quel est l'effet de la preuve par commune renommée?
229. — Suite.
230. — De l'enquête d'*examen à futur*. — Ce mode de procéder est-il admissible dans notre Droit?
231. — Suite.

219. — Nous venons d'étudier la preuve testimoniale d'après les dispositions du Code Napoléon.

C'est pourquoi nous n'avons eu rien à dire des qualités physiques ou morales, que les témoins doivent avoir, ni des formalités de l'enquête, le nouveau Législateur ayant placé cette partie de notre sujet dans le Code de procédure civile (art. 252 et suiv.).

Il nous paraît, toutefois, utile d'ajouter quelques observations, qui tiennent au fond même du droit.

220. — Nos anciens jurisconsultes avaient généralement admis cette double règle :

D'une part, que les juges ne pouvaient pas avoir égard à la déposition d'un seul témoin : *voix d'un, voix de nun*, disait Loysel, traduisant ces adages : *Vox unius, vox nullius*, ou encore : *Testis unus, testis nullus* (Instit. cout., liv. V, tit. V, règle x, n° 779; Pothier, n° 818);

Et d'autre part, que *les juges sont obligés de regarder comme bien prouve un fait, que deux témoins ont affirmé véritable.* C'est ainsi que Serpillon s'exprimait, dans son Commentaire de l'Ordonnance de 1667.

Ces maximes enchaînaient évidemment, d'une façon illogique et regrettable, le pouvoir d'appréciation, qui doit, au contraire, appartenir souverainement aux juges, en ces sortes de preuves.

Aussi, nos Codes ne les ont-ils pas reproduites.

Encore moins, ont-ils conservé cette autre règle d'après laquelle :

« La déposition de trois femmes ne vaut que celle de deux hommes ! » (Rousseau de la Combe, v° *Témoin ;* Bruneau, *Observations*, tit. VIII, n° 40.)

221. — En principe, la preuve testimoniale résulte de la déposition de ceux, qui ont une connaissance personnelle du fait allégué, pour l'avoir vu ou entendu.... *ex visu, aut auditu.* (Comp. *supra*, n° 1.)

Ex visu ? ce sont les témoins les meilleurs assurément !

« Un seul œil a plus crédit que deux oreilles n'ont d'*audivi.* »

C'était aussi une des règles coutumières de Loysel. (*Loc. supra cit.*, règle III, n° 772.)

Ex auditu ? de même.

Et toutefois, en ce qui concerne les témoins auriculaires, on distinguait :

1° Ceux qui déposent *ex auditu proprio ;*

2° Ceux qui déposent *ex auditu partis ;*

3° Ceux qui déposent *ex auditu alieno.* (Comp. Toullier, t. V, n° 249.)

Il est clair, en effet, que les deux premières sortes de témoins méritent plus de crédit que les troisièmes.

Ceux-là sont du *premier degré ;* ceux-ci ne sont que du *second degré*, déposant, *ex credulitate*, sur la foi d'un autre.

Cette distinction n'a pas été non plus consacrée par nos Codes.

Est-ce à dire qu'on ne doive pas en tenir compte?

Certainement non! car elle est, en soi, très-conforme à la raison.

Mais ce qui est vrai seulement aujourd'hui, c'est qu'elle forme l'un des éléments de cette appréciation discrétionnaire, que nos Codes défèrent aux juges.

Il était, en effet, périlleux de poser, *à priori*, des règles absolues sur ce point.

Et nos législateurs ont fait preuve de sens pratique, en s'en remettant à leur conscience. (Comp. Cass., 1er déc. 1855, Potent; et 12 janv. 1856, Grandjean, Dev., 1856, I, 275-276; Bonnier, nos 229-233.)

222. — Ce pouvoir discrétionnaire des juges a pourtant une limite.

Et il ne faudrait pas confondre *la preuve testimoniale* proprement dite, avec *la preuve par commune renommée.*

« La preuve par commune renommée, dit le *Glossaire du Droit français*, c'est la voix publique, qui sert de preuve en plusieurs occasions ». (Instit. cout. de Loysel, t. II, édit. Dupin et Laboulaye.)

La voix publique! cette définition suffit à nous révéler le caractère de ce mode de preuve, d'où il résulte: qu'elle se fait nécessairement *ex auditu alieno*, du second degré, du troisième, et souvent plus encore; — qu'elle est, par conséquent, très-vague; — qu'on ne peut guère attendre d'elle des faits précis; — et surtout qu'elle échappe presque toujours à un contrôle sérieux et à une vérification directe.

C'est donc là, en effet, une preuve exceptionnelle, qui n'offre que peu de garanties; et c'est pourquoi il nous paraît utile de préciser:

I. — Dans quels cas elle est admissible;

II. — Quelles en sont les formes;

III. — Quels en sont les effets.

223. — Notre Code a admis la preuve par commune renommée dans deux cas, à savoir:

1° Au profit de la femme mariée (ou de ses héritiers), lorsque le défaut d'inventaire des biens à elle échus peut compromettre ses intérêts (art. 1415, 1504);

2° Au profit des héritiers du conjoint prédécédé, lorsque le survivant n'a pas fait inventaire du mobilier de la communauté (art. 1442).

La preuve par commune renommée se justifie alors par cette double considération : qu'elle est une peine contre la partie, qui a manqué à l'obligation, qui lui était imposée, de faire inventaire, et une garantie pour les parties, qui, sans cette protection spéciale, seraient à sa merci et n'auraient pas le plus souvent d'autre moyen d'établir la consistance du mobilier, auquel elles ont droit.

C'est que, en effet, une telle preuve ne peut guère être faite que de cette manière, par les ON-DIT du voisinage ; ce qui la fait aussi appeler *rumor vicinitatis*.

Aussi, était-ce pour ces cas que notre ancien Droit l'admettait « ...*ob non confectum inventarium*.... » (Davot et Bannelier, *Traité sur diverses matières du Droit français*, t. I, p. 278; Proudhon, *Traité des droits d'Usufruit*, etc., t. I, n° 163.)

224. — La preuve par commune renommée est-elle admissible en dehors des deux cas, que nous venons de citer, d'après les textes du Code?

Cette question est controversée.

Il semble que la solution négative serait la plus correcte :

En effet, les dispositions exorbitantes du droit commun ne doivent pas être étendues au delà des termes de la loi ;

Or, voilà bien le caractère de la preuve par commune renommée (Comp., *supra*, n° 222);

Donc, elle ne peut être admise que dans les cas où un texte spécial l'autorise.

Telle est la conclusion, qui a été consacré par un arrêt

très-bien motivé de la Cour de Caen, du 23 juin 1841. (Corbin-Desmanneteaux, Dev., 1843, I, 166; Comp., Douai, 27 mai 1841, Jaclin-Odoux, Dev., 1841, II, 450; Douai, 13 janv. 1865, Jourdain, Dev., 1866, II, 61.)

Plusieurs jurisconsultes, dans la doctrine, l'ont aussi proposée. (Comp. *Encyclopédie du Droit*, v° *Commune renommée*, n° 10; Colmet de Santerre, *Du Contrat de mariage*, n° 57 *bis*, I et III.)

225. — Cette interprétation restrictive ne paraît pas, toutefois, avoir prévalu; et la solution généralement admise est qu'il faut autoriser la preuve par commune renommée dans les cas, qui présentent une exacte analogie avec ceux, que les articles du Code ont visés.

Le tuteur d'un mineur ou d'un interdit a négligé de faire inventaire des meubles de l'incapable, dont la tutelle lui est confiée; et il s'est mis ainsi par sa faute, par son dol peut-être, hors d'état de présenter aucune justification en forme, pour dégager sa responsabilité.

Refuserez-vous au mineur ou à l'interdit (ou à leurs représentants) le droit de prouver, par la commune renommée, la consistance du mobilier, que leur administrateur a reçu?

Mais les deux motifs, qui ont fait admettre cette preuve au profit de la femme mariée, se présentent dans ce cas avec la même force; et la loi apparemment n'accorde pas moins de protection aux mineurs et aux interdits qu'aux femmes mariées!

Autre exemple : la femme ou ses héritiers prétendent qu'il y avait, dans la succession, un chiffre de dettes inférieur au chiffre déclaré par le mari.

Leur refuserez-vous le droit d'en fournir la preuve par commune renommée?

Cela ne serait pas rationnel, ni conforme à la pensée essentielle de l'article 1415 lui-même! (Comp. Cass., 17 janv. 1838, Robert, Dev., 1838, I, 162; Cass., 19 déc. 1842, Corbin-Desmanneteaux, Dev., 1843, I, 165; et le

rapport de M. le conseiller Hardouin; Cass., 24 mars 1846, l'administration de l'enregistrement, Dev., 1846, I, 317; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 425; Bonnier, nº 242; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, t. I, nº 566; Troplong, même *Traité*, t. II, nº 819.)

226. — Mais, du moins, faut-il, pour que la preuve par commune renommée soit admise en dehors des deux applications spécialement visées par la loi, que les applications extensives offrent, en effet, une véritable analogie avec celles que la loi a visées.

Que le mari (ou ses héritiers) ne soient pas recevables à fournir une telle preuve, cela est certain; ce n'est pas que nous prétendions qu'il ne serait jamais admis à la preuve testimoniale, à défaut d'inventaire ou état en bonne forme; mais, dit justement M. Bonnier, il y a loin de là à l'admission de la preuve par commune renommée (nº 243).

La femme elle-même ne devrait pas être admise à cette preuve, dans les cas où elle a pu et dû se procurer une preuve écrite, comme dans le cas où, sous le régime de la communauté d'acquêts, elle (ou ses héritiers) réclame le mobilier, non pas qui lui est échu pendant le mariage, mais qu'elle a apporté lors du mariage. (Comp. art. 1499, 1504.)

Et voilà aussi comment on a décidé que la preuve par commune renommée ne peut pas être ordonnée à l'effet de constater les forces d'une *société taisible*, qui a existé entre des frères. (Bourges, 27 juill. 1825, Robin, D., 1827, II, 121; Comp. notre *Traité des Successions*, t. III, nºs 519-520.)

227. — II. — Aucun texte n'a déterminé les formes, d'après lesquelles la preuve par commune renommée devra être reçue.

Toullier en a conclu qu'elle n'est pas soumise aux formes prescrites par le Code de procédure pour les enquêtes ordinaires. (Art. 252 et suiv.)

Mais c'est, à notre avis, la conclusion contraire, qu'il faut en déduire.

Dans le silence du législateur, il paraît, en effet, logique de recourir aux formalités, qu'il a prescrites pour la preuve testimoniale, en général ;

D'autant plus que la preuve par commune renommée n'est elle-même, qu'une variété de la preuve par témoins. (Comp. Bourges, 2 juin 1824, Dev., et Car., Collect, 7, II, 374; Cass., 17 janv. 1838, Robert, Dev., 1838, I, 162; Bonnier, n° 244; *Encyclopédie du Droit*, v° *Preuve par commune renommée*, n° 2.)

228. — III. — La preuve par commune renommée a-t-elle effet, non-seulement envers la partie, contre laquelle elle est admise, mais aussi envers des tiers?

Nous le croyons ;

Sous la condition (qui va de soi) qu'elle sera admise, dans l'un des cas où la loi la déclare admissible. (Comp. Poitiers, 6 mai 1836, Martineau, Dev., 1836, II, 472.)

Elle est alors, en effet, un mode légal de preuve ; et on ne pourrait pas, sans arbitraire, en restreindre les effets entre les parties.

Aussi, les articles 1415, 1504 et 1442 sont-ils conçus en termes généraux. (Comp., Bordeaux, 20 juin 1826, Sirey, 1826, II, 309; Bonnier, n° 247; *Encyclopédie du Droit*, *loc. supra cit.*, n° 7.)

229. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que les juges ont, en ce qui concerne la preuve par commune renommée, le même pouvoir discrétionnaire, qu'en ce qui concerne la preuve testimoniale proprement dite :

Soit pour admettre ou pour rejeter la preuve offerte;

Soit pour apprécier le résultat de la preuve admise. (Comp. Cass., 26 juin 1827, Sirey, 1827, I, 521; Cass., 19 déc. 1842, Corbin-Desmannetaux, Dev., 1843, I, 166.)

250. — *Quand une enquête peut-elle être ordonnée?*

C'est ainsi que notre savant collègue, M. Bonnier, pose la question, qui nous reste à résoudre (n° 254);

En d'autres termes, la question de savoir si l'enquête *d'examen à futur* peut encore être admise, sous l'empire de nos Codes ?

Cette forme de procéder était autrefois en usage dans la pratique française :

« Quelqu'un, dit Ferrières, craignait-il d'avoir un procès, en demandant ou en défendant, et que la preuve des faits, qui pouvaient servir à la cause, ne pérît, ou par l'éloignement des témoins, qui pouvaient s'absenter, ou par leur mort, étant vieux ou valétudinaires, il les faisait ouïr par précaution et par avance, avant que le procès fût intenté, ou que la cause fût contestée; cela s'appelait *examen à futur.* »

Et il ajoute :

« Pour y parvenir, il fallait obtenir des lettres de Chancellerie; il fallait ensuite que la demande fût formée dans l'an de la confection de l'enquête, etc. » (*Dictionnaire de droit et de pratique*, v° *Enquête d'examen à futur;* comp. Imbert, Instit., liv. I, ch. 44, n° 3; Despeisses, t. II, tit. X, sect. II, art. 3, *des Enquêtes.*)

Mais ce mode de procéder fut abrogé par le titre XIII de l'Ordonnance de 1667.

C'est qu'il avait donné lieu à des abus considérables.

« On avait vu, dit Ferrières, qu'il était très-dangereux que la preuve des faits fût reçue avant que la contestation fût formée, sans que la partie adverse pût en faire une au contraire » (*loc. supra cit.*).

M. Bonnier rappelle aussi qu'on obtenait de la Chancellerie, sur la simple allégation de la maladie ou du prochain voyage d'un témoin important, la permission de faire une enquête de cette nature, sans communication à la partie adverse; et lorsque l'enquête était terminée, le témoin moribond recouvrait la santé, ou bien le témoin voyageur renonçait à quitter son pays.

231. — D'après une opinion, qui s'appuie sur d'im-

posants suffrages, ce mode de procéder ne serait pas défendu, dans notre Droit nouveau.

Plusieurs arrêts ont admis, en effet, une enquête *in futurum*;

Et d'autres arrêts ont, dans le même ordre d'idées, admis une expertise *in futurum*, dans la prévision d'un dommage éventuel. (Comp. Nîmes, 6 janv. et 29 mars 1808; Rennes, 31 déc. 1809; Paris, 20 mars 1835 et 27 déc. 1836; Besançon, 31 août 1844, Bourgon, Dev., 1845, II, 625.)

Tel est aussi le sentiment de M. Bonnier (n° 254).

Mais nous pensons, au contraire, que cette forme de procédure n'est pas plus admissible, sous nos Codes modernes, qu'elle ne l'était sous l'Ordonnance de 1667 :

1° Et, d'abord, au point de vue des textes, il nous paraît évident que tous les articles du Code de procédure, qui organisent l'enquête, impliquent nécessairement qu'elle n'est admise que comme un moyen de preuve dans une instance déjà engagée.

« Les faits, dont UNE PARTIE demandera à faire preuve, « seront articulés successivement, PAR UN SIMPLE ACTE DE « CONCLUSION, sans écritures, ni requête. » (Art. 252.)

Cet article, dit M. Bonnier, statue seulement *de eo quod plerumque fit*.

Non pas! il pose une règle générale, à laquelle on ne saurait opposer d'exception, qu'en vertu d'un texte de loi.

2° Il ne suffit pas, en effet, de dire, pour autoriser aujourd'hui l'enquête *in futurum*, que le Code de procédure n'a pas reproduit la prohibition de l'Ordonnance de 1667. Ce qu'il faudrait, pour que cette enquête pût être admise, c'est que le Code de procédure l'eût déclarée admissible.

Car elle est contraire à la marche régulière, et on peut dire, à l'organisation essentielle de nos procédures judiciaires.

La preuve testimoniale est un moyen d'instruction, qui

constitue un incident accessoire dans une contestation principale déjà engagée ;

Or, ce qui manque précisément dans l'enquête *in futurum*, c'est la contestation principale! il n'y en a pas actuellement. Y en aura-t-il plus tard? peut-être pas! et dans quel délai? nul ne le peut dire! aussi voulait-on autrefois que la contestation fût engagée *dans le délai d'un an*. Mais ce ne serait qu'arbitrairement qu'on pourrait marquer aujourd'hui une telle limite de temps, si l'enquête *in futurum* était admise.

Cette enquête *in futurum* serait-elle contradictoire? On l'exigeait, autrefois d'abord ainsi ; mais on s'était départi de cette règle ; et on avait fini par l'admettre sans contradicteur.

Sans contradicteur! — Mais alors quel crédit pouvait-elle avoir?

Et si on admet la contradiction de l'autre partie, comme il le faudrait bien ! celle-ci pourra aussi procéder à une contre-enquête *in futurum !*

C'est-à-dire que voilà un vrai procès,... procès singulier, dans lequel les parties ne peuvent pas *conclure*, ni les magistrats *juger !*

3° On objecte que nos lois autorisent la demande en reconnaissance d'écriture avant l'échéance.

Il est vrai ! mais il existe, à cet effet, une loi spéciale (du 3 septembre 1807). Il y a d'ailleurs une grande différence entre cette demande, qui s'adresse à la partie adverse pour obtenir sa reconnaissance, et l'enquête *in futurum*. Et encore avons-nous vu les graves objections que soulève cette procédure anticipée. (Comp. le tome II, n° 617, de ce *Traité*.)

Il est vrai encore que nos lois autorisent les mesures conservatoires (art. 1180, Code Napoléon ; 125, Code de Procéd.).

Mais il nous paraît impossible de considérer, comme une mesure conservatoire, toute une procédure

qui représente une véritable contestation en justice!

Que l'on entre dans cette voie; et d'autres procédures semblables ne manqueront pas de se produire.

La Cour de Bordeaux n'avait-elle pas admis aussi une inscription de faux *in futurum!* (30 avril 1841, Dev., 1842, II, 147.)

La Cour suprême, maintenant les vrais principes, a dû casser son arrêt. (25 juin 1845, Dupuy, Dev., 1845, I, 742.)

Notre conclusion est donc que l'enquête d'examen *à futur* n'est pas admissible.

Sans méconnaître les avantages que ce mode de procéder pouvait offrir, nous pensons qu'il avait aussi des inconvénients sérieux.

Et, en tout cas, nous espérons avoir démontré que nos lois actuelles ne l'autorisent pas. (Comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, nos 117 et 146 *bis*, II; Boncenne, *Théorie de la Procéd. civ.*, t. IV, p. 261; Chauveau, sur Carré, *Lois de la Procédure*, Quest. 902; Boitard, *Leçons de Procéd.*, t. 1, n° 664; Devilleneuve, *Observations* sur l'arrêt précité de la Cour de Besançon, 1845, II, 625-628.)

SECTION III.

DES PRÉSOMPTIONS.

Exposition. — Division.

SOMMAIRE.

232. — Transition.
233. — Définition des présomptions. — Explication.
234. — Suite.
235. — Suite.
236. — Il existe deux sortes de présomptions : les unes, légales ou de droit; les autres, simples ou de fait.
237. — Division.

232. — Nous arrivons au troisième mode de preuve, que l'article 1316 admet en matière civile : aux présomptions.

233. — L'article 1349 est ainsi conçu :

« Les présomptions sont des conséquences, que la loi « ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait in- « connu. »

Cette définition exprime fort exactement le caractère de ce genre de preuve, et qu'il constitue une démonstration, qui procède par induction.

Un certain fait étant connu, avoué ou prouvé de toute autre manière, il s'agit d'arriver, par cette voie, à la découverte du fait inconnu, que l'on recherche; comme on arrive, en quelque sorte, de l'effet à la cause, par le lien de relation, qui unit l'un à l'autre.

C'est une œuvre de logique et de raisonnement, et surtout d'observation et d'expérience; car les présomptions sont, en général, fondées, dit Pothier, sur ce qui arrive communément et ordinairement, « *ex eo quod plerumque fit* » (n° 840).

Elles résultent de tous les éléments, de tous les *indices* (c'est le mot technique), que les *circonstances* peuvent fournir; et c'est bien pourquoi, en effet, Bentham les appelle *des preuves circonstancielles*. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Indices*, § 2; Bonnier, n° 807.)

Telle est l'idée vraie, l'idée simple et pratique, que chacun conçoit, pour ainsi dire, instinctivement, des présomptions.

234. — Théoriquement, toutefois, on pourrait objecter que toutes les preuves judiciaires ont ce même caractère, que nous venons de signaler dans les présomptions proprement dites, et qu'elles ne sont elles-mêmes finalement aussi que des présomptions.

La preuve immédiate, la preuve *flagrante*, elle ne se produit jamais, ou du moins elle ne se produit, elle n'éclate que très-rarement, à l'audience même; et Demante remarque justement que « c'est toujours par les conséquences d'un fait qui est sous leurs yeux, que les juges arrivent à reconnaître celui qui s'est passé en leur absence » (n° 326).

Vous me montrez une preuve littérale, par laquelle Paul a reconnu devoir à Pierre 10 000 fr. pour cause de prêt.

Ce prêt, je ne l'ai pas vu ; et si je crois à son existence, c'est encore par voie d'induction; c'est parce que je conclus de ce fait, connu de moi, que Paul a reconnu par écrit l'existence du prêt, ce fait, inconnu de moi, que le prêt a eu lieu.

Cela est incontestable !

Mais pourquoi donc alors cette différence entre les preuves, qui conservent ce nom, et les présomptions, auxquelles un nom spécial est donné?

C'est que, dans les *preuves*, le procédé intellectuel d'induction est si facile et si rapide, que l'esprit n'en tient pas compte, ou plutôt même semble ne le point apercevoir; et voilà pourquoi on les appelle des preuves directes, faisant foi par elles-mêmes, de suite, sans aucune opération de logique ni de raisonnement.

Tandis que la nécessité de cette opération intellectuelle apparaît, au contraire, manifestement, dans les *présomptions*, où elle est indispensable, puisque c'est essentiellement dans ce procédé qu'elles consistent; et voilà pourquoi aussi, en sens inverse, on les appelle des preuves indirectes.

Preuve directe, celle qui s'applique précisément au fait même, qui est l'objet de la contestation, et qui tend à l'établir d'une manière immédiate et formelle;

Preuve indirecte, celle qui, sans s'appliquer précisément au fait contesté entre les parties, tend à l'établir à l'aide d'autres faits avérés ou reconnus, qui, par leur relation plus ou moins étroite avec le fait contesté, peuvent lui donner, suivant les cas, un caractère de nécessité, de vraisemblance, ou de probabilité. (Comp. le tome VI de ce *Traité*, n° 216.)

Demante ajoutait, que « la présomption, dans le langage du droit, diffère de la preuve, en ce qu'elle est la

conséquence tirée d'un fait, qui n'avait pas spécialement pour objet d'établir la vérité de l'autre fait, qu'elle sert à reconnaître. »

Les preuves se rapportent, en effet, directement au fait contesté; elles sont destinées à l'établir; elles sont *ad hoc*, pourrions-nous dire, tandis que les présomptions proviennent de circonstances, plus ou moins accidentelles, qui n'étaient pas destinées à ce résultat.

Une objection va pourtant surgir encore :

L'aveu est une preuve;

Or, l'aveu peut n'avoir pas été volontaire, et, par conséquent, n'avoir pas été destiné à établir la vérité du fait contesté;

Donc, tel n'est pas nécessairement le caractère de la preuve; et cette manière de distinguer les preuves d'avec les présomptions n'est pas d'une exactitude rigoureuse.

Et on arrive ainsi à cette conclusion, qui est proposée par notre savant collègue, M. Colmet de Santerre : « que la preuve a toujours pour base une déclaration écrite ou orale de l'homme (acte écrit, témoignage, aveu), et que la présomption a pour base un fait autre que la déclaration de l'homme » (n° 326 bis).

Cette observation n'est-elle pas trop absolue?

Quand la déclaration de l'homme est incomplète ou obscure, telle enfin qu'elle ne puisse pas fournir une preuve directe, pourquoi ne pourrait-elle pas devenir elle-même un des éléments de la présomption, qui formera la conviction du juge?

255. — L'article 1350, en plaçant l'aveu et le serment au rang des présomptions, semble prêter un appui à l'explication théorique, que nous venons d'exposer.

L'aveu et le serment, le serment décisoire surtout! mais vraiment, ce sont des preuves, et même des plus directes; c'est bien, en effet, avec ce caractère, que l'article 1316 les présente; et le législateur y a consacré

deux sections distinctes de la section, qu'il a consacrée aux présomptions.

Aussi, avons-nous remarqué la contrariété de doctrine, qui existerait entre ces deux textes, si on les prenait à la lettre, et qu'il faut préférer la rédaction de l'article 1316 à la rédaction de l'article 1350. (Comp. le tome VI de ce *Traité*, n° 217.)

236. — Il résulte de l'article 1349 qu'il y a deux sortes de présomptions :

Les unes, qui sont l'œuvre de la loi;

Les autres, qui sont l'œuvre du magistrat.

On appelle, généralement, les premières : *présomptions légales ou de droit;*

Et les secondes : *présomptions simples ou de fait.*

De là, les deux paragraphes de cette section.

237. — Nous croyons devoir en intervertir l'ordre.

Et nous traiterons d'abord des présomptions, qui ne sont point établies par la loi ;

Pour traiter, ensuite, des présomptions, qui sont établies par la loi ;

Cette seconde partie du sujet devant donner lieu à des développements plus étendus que la première.

§ 1.

DES PRÉSOMPTIONS, QUI NE SONT POINT ÉTABLIES PAR LA LOI.

SOMMAIRE.

238. — Exposition. — Division.
239. — *a.* — Dans quels cas les présomptions simples sont-elles admissibles? — Deux conditions sont requises : l'une, de droit; l'autre, de fait.
340. — 1° Il faut que l'on se trouve dans un cas où la preuve testimoniale serait admissible.
241. — Suite.
242. — Suite.
243. — 2° Il faut que les présomptions soient graves, précises et concordantes.
244. — Suite.
245. — Suite. — Une seule présomption peut-elle suffire?

238. — L'article 1353 s'exprime ainsi :

« Les présomptions, qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. »

a. — Dans quels cas et sous quelles conditions les présomptions sont-elles admissibles ?

b. — Quelle en est la force probante et la valeur ?

Tels sont les points, que nous allons examiner.

239. — *a*. — Deux conditions sont requises par l'article 1353, pour que les présomptions simples soient admissibles :

L'une, de droit ;

L'autre, de fait.

Il faut :

1° Que l'on se trouve dans un cas où la preuve testimoniale serait admissible ;

2° Que les présomptions soient graves, précises et concordantes.

240. — 1° Il faut d'abord que l'on se trouve dans un cas où la preuve testimoniale serait admissible.

Cette première condition est facile à justifier : soit d'après le texte de la loi, soit d'après son motif essentiel.

Notre texte est formel ; il n'autorise le magistrat à admettre les présomptions que *dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales*. »

Mais aussi, par cela même, il l'autorise à admettre les présomptions, dans tous les cas où la loi admet les preuves testimoniales.

De sorte que nous devons poser cette double règle :

D'une part, dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, sont admissibles aussi les présomptions.

D'autre part, corrélativement, dans tous les cas où la preuve testimoniale est inadmissible, sont également inadmissibles les présomptions.

L'économie générale de notre législation civile, en matière de preuve, exigeait nécessairement qu'il en fût ainsi.

Notre législation civile, en effet, soumet les parties, qui font une convention, à l'obligation d'en passer un acte écrit, lorsque l'objet de cette convention dépasse la valeur de 150 francs; la sanction de cette obligation, c'est l'impossibilité pour elles, à défaut d'un acte écrit, d'invoquer la preuve testimoniale;

Or, le but que le législateur s'est proposé en instituant ce régime, ne serait pas atteint, si, en même temps qu'il prohibait la preuve testimoniale, il n'avait pas aussi prohibé les présomptions; puisqu'il aurait laissé ouverte une autre voie, très-semblable à la preuve par témoins, aux parties, qui n'auraient pas obéi à l'injonction, qu'il leur faisait de passer un acte écrit!

Et la même raison explique, en sens inverse, pourquoi les présomptions, qui sont prohibées, quand la preuve testimoniale est prohibée, sont, au contraire, permises, quand la preuve testimoniale est permise. Les parties, en effet, n'étant point alors en faute, le législateur pouvait, sans aucune inconséquence, admettre ensemble la preuve testimoniale et les présomptions; ou plutôt même l'inconséquence aurait été d'admettre l'une et de ne point admettre les autres.

Cette première condition est, avons-nous dit, de droit.

D'où il faut conclure qu'une décision judiciaire serait sujette à cassation :

Si elle avait admis les présomptions, dans un cas où la preuve testimoniale ne pouvait pas être admise;

Ou si elle avait refusé d'admettre les présomptions, dans un cas où la preuve testimoniale pouvait être admise (Comp. Cass., I, mai 1815, Sirey 1815, I, 277; Cass. 20 mars 1865, Bayle-Labusse, Dev., 1865, I, 208; Merlin, Répert. V° *Présomptions*, § 4, n° I; Toullier, t. V, n° 20-21; Marcadé, art. 1353; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 472; Bonnier, n° 815-816; Larombière, t. V, art. 1353, n° 2).

241. — Dans quels cas la preuve testimoniale est-elle admissible ?

Et dans quels cas inadmissible ?

C'est ce que nous avons examiné, en traitant de cette espèce de preuve.

Et il suffit de nous reporter aux développements, que nous y avons consacrés, pour décider dans quels cas les présomptions sont elles-mêmes admissibles ou inadmissibles.

242. — Nous avons également, dans notre explication de la preuve testimoniale, fait remarquer l'inutilité de ces mots de l'article 1353: *à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol* (*supra* n° 185).

Mais est-ce que la preuve testimoniale n'est pas aussi admissible, lorsque l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol ?

Assurément oui ! elle est admissible (art. 1348).

Et, par conséquent, ces expressions de notre texte sont une redondance, qui n'ajoute rien à la disposition principale, qu'il décrète !

243. — 2° Il faut, en second lieu, que les présomptions soient graves, précises et concordantes, et puissent, avec ces caractères, offrir un degré suffisant de certitude.... *indicia certa* (L. 19, Cod. *De rei Vindicatione*).

Mais sur ce point, le législateur ne pouvait que s'en rapporter *aux lumières et à la prudence du magistrat;* c'est là, en effet, une question dont l'appréciation est su-

bordonnée à l'infinie variété des circonstances de chaque espèce.

Aussi, cette appréciation est-elle souveraine; et la décision des magistrats, lors même qu'elle contiendrait une erreur, ne serait-elle, comme on dit, qu'un *mal jugé*, qui ne pourrait donner ouverture à cassation, soit qu'ils aient admis, soit qu'ils aient rejeté, en fait, les présomptions, parce qu'elles leur paraissaient ou qu'elles ne leur paraissaient pas graves, précises et concordantes (Comp. *supra* n° 240; Cass., 27 avril 1830, Dev., 1830, I, 186; Cass., I, fév. 1832, Dev., 1832, I, 139; Cass., 20 déc. 1832, Dev., 1833, I, 344; Cass., 14 janv, 1869, Néel, Dev., 1869, I 371; Toullier, t. VI, n° 20; Duranton, t. XIII n° 531-532; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 472; Massé et Vergé, t. III, p. 529; Bonnier, n° 817; Larombière, t. V, art. 1353, n° 7).

244. — C'est pourquoi aucun texte ne limite le pouvoir d'investigation des magistrats.

Et on s'accorde à reconnaître qu'ils peuvent puiser, même dans une procédure criminelle, les éléments, qui sont de nature à former leur conviction :

« Attendu que l'article 1353 autorise les tribunaux à admettre les présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes, lorsque la preuve testimoniale est elle-même admissible; que ces présomptions, dont l'appréciation est abandonnée à la conscience des juges, peuvent résulter, pour eux, d'une procédure criminelle, et qu'aucune loi ne leur interdit d'y puiser, à l'occasion d'une instance civile, les éléments de leur conviction » (Rouen, 20 fév. 1867, Crémieux, Dev., 1867, II, 215; Comp. Agen. 14 janv. 1851, Bacqué, Dev., 1851, 2, 781; Cass., 31 janv. 1859, Delporte, Dev., 1860, I, 747; Bonnier, n° 817 *bis*).

245. — Il faut aussi, suivant nous, par le même motif, décider qu'une seule présomption peut suffire pour déterminer la conviction du magistrat.

Il est vrai que, dans notre ancien Droit, par suite de l'assimilation de la preuve par présomptions à la preuve par témoins, on avait proposé de dire que, de même qu'un seul témoin ne suffisait pas : *testis unus, testis nullus*, une seule présomption ne devait pas non plus suffire, et qu'il fallait le concours de plusieurs présomptions pour faire preuve du fait allégué. Telle était notamment la doctrine de Danty (sur Boiceau, Addit. ch. VII, n°s 62 et suiv.).

Mais, d'abord, en ce qui concerne l'ancien droit, outre que l'admissibilité des preuves circonstancielles, en matière civile, n'y était pas, comme M. Bonnier le remarque, régie par des principes bien certains, la conséquence de l'assimilation, que nous admettons aussi de la preuve par présomptions à la preuve par témoins, doit logiquement nous conduire à une doctrine contraire, et à décider que puisqu'un seul témoin peut suffire, sous notre Code, une seule présomption doit pouvoir suffire aussi.

C'est bien là, en effet, ce qu'exige la raison. Est-ce qu'une seule présomption très-forte ne peut pas être décisive? Sans doute ; et bien plus même parfois que beaucoup de présomptions réunies, qui pourraient n'être ensemble que très-faibles !

Et quand on objecte que le texte de l'article 1353, en exigeant *des présomptions concordantes*, exige ainsi qu'il y en ait plusieurs, il suffit de remarquer que cette rédaction, qui pourrait bien n'être, dans notre Droit nouveau, qu'un vestige de l'ancien Droit, exprime ce qui a lieu le plus ordinairement, dans les contestations judiciaires, où il existe, en effet, presque toujours plusieurs présomptions, et que la rédaction du texte est démonstrative et non limitative.

Notre article ne dit-il pas aussi : *les preuves testimoniales*, comme il dit : *les présomptions*.

Or, apparemment, on ne soutiendrait pas qu'il exige

plusieurs preuves testimoniales ! (Comp. Duvergier, sur Toullier, *loc. supra cit.* note *a*; Marcadé, art. 1353; Bonnier, n° 817; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 472).

246 — *b.* — Les présomptions sont mises, par l'article 1316, au rang des preuves (*supra* n° 238).

Et, par conséquent, elles établissent, en effet, la preuve de la formation ou de l'extinction des obligations, aussi bien que les autres modes de preuve, lorsqu'elles sont admises par le magistrat, dans les cas où la loi les déclare admissibles.

C'est ce que la Constitution de Dioclétien, au Code, exprimait formellement :

« *Indicia certa non minorem probationis quam instrumenta, continent fidem....* (L. 19 *De rei Vindic*). »

Pothier, il est vrai, n'était pas aussi explicite ; et des termes un peu vagues, qu'il emploie, on pourrait conclure qu'il exigeait, comme Danty, le concours de plusieurs présomptions pour que ce mode de preuve pût déterminer la conviction du juge (n° 849).

Mais nous avons déjà répondu que cette doctrine serait aujourd'hui inadmissible (*supra* n° 245).

247. — Que les présomptions simples puissent être combattues par la preuve contraire, cela est d'évidence !

« *La preuve contraire sera de droit...,* dit l'article 256 du Code de procédure, en ce qui concerne la preuve testimoniale.

Et c'est aussi ce qu'il faut dire, en ce qui concerne les présomptions.

Tel est le droit commun, toutes les fois qu'un texte n'y apporte pas de dérogation.

Donc, les présomptions invoquées par l'une des parties, peuvent être combattues par l'autre partie, soit au moyen d'autres présomptions contraires, soit au moyen de toute autre preuve.

248. — Telle est la valeur juridique des présomptions.

Quant à leur valeur morale, les avis sont partagés.

On peut dire, à leur désavantage, qu'elles constituent une preuve *conjecturale* et, par conséquent, toujours plus ou moins incertaine !

Quel est le lien de relation, qui unit le fait connu au fait inconnu, que l'on recherche? ce lien est-il plus ou moins étroit, plus ou moins direct? Voilà une appréciation souvent délicate; et la religion du magistrat peut y être égarée par des indices trompeurs. Il s'agit, en un mot, d'une de ces preuves, que l'on a appelées *artificielles,* et dont Denizart disait *qu'elles ne sont inventées qu'à force d'y rêver !* (T. III, V° *Preuve,* n° 27.)

Nous répondrons, toutefois, à l'avantage des présomptions sur les preuves directes, qui résultent des écrits ou des témoins, qu'on ne les fait pas, qu'elles se font elles-mêmes, et toutes seules ! Ce qui les caractérise, en effet, précisément, c'est qu'elles n'émanent pas de la déclaration de l'homme (*supra,* n° 234); elles naissent, en quelque sorte, spontanément des faits; or, dit la jurisprudence anglaise, *les faits ne mentent pas !* (Comp. Bonnier, n° 809.)

§ II.

DES PRÉSOMPTIONS ÉTABLIES PAR LA LOI.

SOMMAIRE.

249. — Division.

249. — En ce qui concerne les présomptions établies par la loi, nous avons à traiter :

A. En général, de leurs caractères et de leurs effets;

B. En particulier, de la présomption légale, qui résulte de l'autorité de la chose jugée, dont le législateur a posé les règles dans ce paragraphe.

Et ensuite, nous traiterons :

Dans la Section IV de ce chapitre : *De l'aveu de la partie;*

Et dans la Section v : *Du serment ;*

Deux modes de preuves, dont le législateur, après les avoir classés parmi les présomptions, a posé, au contraire, les règles dans des Sections distinctes de la Section : *Des présomptions.*

A

DES PRÉSOMPTIONS LÉGALES ; ET DE LEURS EFFETS EN GÉNÉRAL.

SOMMAIRE.

250. — Définition des présomptions légales. — Exemple. — Explication.
251. — Suite.
252. — Suite.
253. — Suite.
254. — Suite.
255. — Suite.
256. — Suite.
257. — Suite. — Division.
258. — *a.* — Quelle est la preuve, qui résulte d'une présomption légale.
259. — Suite.
260. — Suite.
261. — *b.* La preuve, qui résulte d'une présomption légale, peut-elle être combattue par la preuve contraire?
262. — Suite.
263. — Suite.
264. — Suite.
265. — Quelles présomptions sont absolues? — Et quels caractères distinguent les présomptions absolues d'avec les présomptions simples?
266. — Suite.
267. — Suite.
268. — Suite.
269. — Suite.
270. — Suite.
271. — Suite.
272. — Suite.
273. — Suite.
274. — Suite.
275. — Quel est le sens de cette formule finale de l'article 1352 : « .... *et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires?* — Deux interprétations sont en présence :
276. — I. — D'après la première interprétation, les expressions finales de l'article 1352 ne renferment qu'un simple renvoi aux sections suivantes, dans lesquelles le Législateur s'occupe de l'aveu et du serment; et elles ne sont pas dispositives.
277. — II. — D'après la seconde interprétation, les expressions finales

de l'article 1352 ajoutent une seconde réserve à celle qui précède; c'est-à-dire que, dans le cas même où la loi n'a pas réservé la preuve contraire contre une présomption absolue, cette présomption peut néanmoins être combattue par l'aveu et le serment, à l'exclusion de tous les autres modes de preuve.

278. — Suite.

250. — Aux termes de l'article 1350 :

« La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits. Tels sont :

1° Les actes, que la loi déclare nuls comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité;

2° Les cas, dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées;

3° L'autorité, que la loi attribue à la chose jugée;

4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment. »

Deux considérations également puissantes expliquent et justifient le système des présomptions légales.

D'abord, à la différence *des présomptions de fait,* qui sont fondées sur des circonstances variables et diverses à l'infini, *les présomptions de droit* sont, au contraire, fondées sur des circonstances, qui offrent, en général, dans toutes les applications où elles se produisent, le même caractère, les mêmes symptômes, et dont les *indices* acquièrent, dans cette uniformité même, pour ainsi dire, permanente, un tel degré de vraisemblance, que le législateur a pu les élever à la hauteur d'une certitude morale.

Par suite, ces présomptions ont, au double point de vue de l'intérêt privé et de l'intérêt public, le très-salutaire avantage de couper court à une foule de contestations judiciaires, qui, après de longues et dispendieuses instructions, auraient presque toujours abouti à une conséquence semblable à celle que le législateur consacre *à priori.*

Ajoutons que, parmi les présomptions légales, il en est quelques-unes, qui sont commandées par un intérêt social de premier ordre : — soit comme des sanctions nécessaires des dispositions prohibitives de la loi, telles que les incapacités de disposer ou de recevoir à titre gratuit; — soit comme des garanties indispensables de la sécurité des propriétés et du repos des familles, telle que l'autorité de la chose jugée.

Aussi, le système des présomptions légales se retrouve-t-il dans toutes les législations, si haut que l'on remonte dans l'histoire du droit privé; plus ou moins bien constitué sans doute, mais fondé toujours sur les mêmes bases.

251. — Qu'il n'appartienne qu'au législateur de créer une présomption légale, est-ce la peine de le dire?

Ce qu'il faut remarquer seulement, c'est que, par cela même, la présomption légale ne saurait être étendue au delà des termes précis dans lesquels la loi l'établit. Il est clair, en effet, que l'étendre au delà de sa limite, ce serait aussi la créer dans une certaine mesure. Nous avons fourni plusieurs exemples de cette règle, notamment en ce qui concerne les présomptions de survie, que les articles 720 à 722 établissent. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. I, nº 111.)

252. — L'article 1350 dispose que la présomption légale est celle qui est attachée, par une *loi spéciale, à certains actes ou à certains faits.*

Cette rédaction est à noter!

Pothier était moins net, lorsqu'il écrivait que :

« Les présomptions de droit sont établies sur quelque loi, *ou par argument de quelque loi ou texte de droit....* » (nº 843.)

C'est que, autrefois, non-seulement dans les pays de droit écrit, mais aussi dans les pays coutumiers, les présomptions légales pouvaient être puisées, par interprétation, dans les textes romains, aussi bien que dans

les articles des coutumes et dans les arrêts des Parlements ; d'où résultait, en cette matière, beaucoup d'incertitude et d'arbitraire.

On ne saurait douter que la formule précise du texte nouveau a eu pour but de mettre fin à ce régime.

253. — M. Bonnier remarque :

« Qu'il ne faut pas imaginer qu'aucune présomption légale ne puisse être établie *sans une loi spéciale*. Cela est vrai, dit-il, pour les présomptions absolues, celles qui n'admettent point la preuve contraire. Mais les présomptions légales du premier degré, qui admettent cette preuve, peuvent fort bien ressortir de l'ensemble des dispositions de la loi. Ainsi il est bien constant que le possesseur d'un immeuble en est réputé propriétaire, bien que cela ne résulte expressément d'aucun article de nos Codes. » (N° 837.)

Cette observation ne manque pas de vérité.

Et, toutefois, il faut prendre garde de confondre les présomptions proprement dites, qui sont des conséquences que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu, avec les conséquences que la doctrine et la jurisprudence tirent logiquement d'un principe posé par la loi.

Et, pour conserver l'exemple, que cite notre savant collègue, aux termes de l'article 544, la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue. Or, quelle en est l'une des conséquences? C'est que le droit de posséder appartenant au propriétaire, il est logique d'en conclure, jusqu'à preuve contraire, que celui qui a la possession d'un immeuble, en a aussi la propriété.

254. — Pareillement, il est des dispositions législatives, qui ne constituent pas des présomptions proprement dites, bien qu'elles puissent en avoir l'apparence.

Est-ce, par exemple, une présomption légale, la disposition par laquelle la loi déclare les mineurs et les interdits incapables de contracter, et soumet à une action en nullité

ou en rescision les conventions qu'ils auraient faites? (Art. 1125, 1304, 1305.)

Non! dans la rigueur logique de cette classification.

C'est une loi d'incapacité personnelle, fondée sur ce motif que les mineurs, par suite de l'inexpérience de leur âge, et les interdits, par suite du dérangement de leurs facultés, n'ont pas l'intelligence nécessaire pour contracter.

Mais les motifs, sur lesquels une disposition de loi est fondée, ne lui impriment point, par cela même, le caractère d'une présomption. Autrement, toutes les dispositions législatives revêtiraient ce caractère!

Ce qui caractérise donc spécialement la présomption légale, c'est qu'elle est une conséquence déduite par la loi d'un fait déterminé, qui est connu, à un autre fait inconnu. (Comp. Larombière, t. V, art. 1350, n° 8.)

255. — L'article 1350 cite comme exemples des actes ou des faits, auxquels une présomption légale est attachée :

1° Les actes, que la loi déclare nuls, comme faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité.

Et alors, la présomption est fondée : — soit sur la qualité de la personne, qui a fait l'acte, comme lorsqu'il s'agit d'un acte translatif de propriété à titre gratuit fait par le failli dans les dix jours qui précèdent la cessation de payement (art. 446 Code de comm.); — soit sur la qualité de la personne en faveur de laquelle l'acte a été fait, comme lorsqu'il s'agit d'une donation faite aux parents les plus proches d'un incapable (art. 911 et 1100); — soit tout à la fois sur la qualité de la personne et sur la nature de l'acte, comme lorsqu'il s'agit d'une aliénation à fonds perdu faite à un successible en ligne directe (art. 918);

2° Les actes, dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées.

Telle est la prescription, qui est « un moyen d'acquérir

ou de se libérer par un certain laps de temps et dans les conditions déterminées par la loi. » (Art. 2219.)

3° L'autorité, que la loi attribue à la chose jugée;

4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie et au serment. (Comp. *Supra*, n° 249.)

256. — Ce ne sont là, disons-nous, que des exemples; l'article 1350 n'est pas limitatif.

Des présomptions légales! il y en a partout dans nos Codes, et particulièrement dans le Code Napoléon. L'énumération, que nous pourrions en faire, outre qu'elle serait ici un hors-d'œuvre, risquerait fort d'être incomplète. Il suffit donc de traiter de chacune d'elles successivement, dans les différentes matières, où le législateur les a placées. (Comp. art. 1, 312, 314-315, 553, 653, 666, 670, 720-722, 847-849, 1282, 1283, 1402, 1908, 2230, 2231, 2234, 2268, 2279.)

257. — Nous devons seulement exposer, à cette place, les principes généraux, qui les gouvernent.

Et à ce point de vue, deux questions nous restent à résoudre, savoir :

a. — Quelle est la preuve, qui résulte d'une présomption légale?

b. — La preuve, qui en résulte, peut-elle être combattue par la preuve contraire ?

258 *a.* — La première question est résolue en ces termes, par l'article 1352 :

« La présomption légale dispense de toute preuve « celui au profit duquel elle existe. »

C'est en cela qu'elle consiste, en effet, essentiellement.

Le fait, qu'elle présume, est considéré comme certain, *sans qu'il soit besoin d'en faire la preuve*, dit Pothier; (n° 840); cette preuve est faite par la loi; d'où vient précisement ce nom de présomption *præ... sumpta...* d'avance, *id est*, suivant l'explication d'Alciat, *antequam aliunde probetur*.

De sorte que celui qui peut invoquer une présomption légale, effectivement *est dispensé de toute preuve.* (Comp. le t. VI de ce *Traité*, n° 195.)

259. — Il ne faut pas, toutefois, prendre ces expressions trop à la lettre.

Que la partie, qui invoque une présomption légale, soit dispensée d'en prouver, en droit, le mérite, cela est de toute évidence !

Mais il n'est pas moins évident qu'elle est tenue de prouver, en fait, qu'elle se trouve dans le cas prévu par la loi, et qu'elle réunit les conditions requises pour que la présomption soit applicable. Ceci n'est que le droit commun; l'article 1350 n'y déroge en aucune manière; et il n'y pouvait pas, en effet, raisonnablement déroger. (Ar. 1315).

Je vous oppose la prescription de trente ans. — Qui donc, si ce n'est moi, devra prouver que les trente ans sont accomplis ?

Je vous oppose l'autorité de la chose jugée. — N'est-ce pas à moi de prouver que les conditions requises par l'article 1351, pour qu'il y ait chose jugée, se rencontrent dans l'espèce ?

De même réciproquement, la partie à laquelle son adversaire oppose une présomption légale, est toujours recevable à prouver qu'il ne se trouve pas, en fait, dans les conditions requises pour que cette présomption soit applicable; toujours, disons-nous, soit que la présomption invoquée admette la preuve contraire, soit qu'elle ne l'admette pas. Je puis donc prouver aussi, quand vous invoquez contre moi la prescription de trente ans, que les trente ans ne sont pas accomplis; et quand vous invoquez l'autorité de la chose jugée, que vous n'êtes pas dans les conditions requises, à cet effet, par l'article 1351.

Alciat en concluait qu'il y avait là une *preuve indirecte* contre les présomptions légales, qui n'admettent pas la

preuve directe. (*Tract. de præsumptionibus*, part. II, nos 11-12.)

Et Toullier approuve cette explication. (t. V, n° 57.)

Mais la confusion nous paraît ici manifeste.

Non! celui qui demande seulement à prouver que la présomption légale, qui est invoquée contre lui, n'est pas applicable en fait, n'entreprend, contre cette présomption elle-même, aucune preuve, pas plus indirectement que directement.

Comment est-il possible de dire qu'il combat la présomption légale invoquée contre lui, quand, précisément, il nie que cette présomption soit applicable dans l'espèce? (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 330; Bonnier n° 840, Larombière, t. V, art. 1352, n° 2.)

260. — Et cette preuve : que la présomption invoquée n'est pas applicable, peut être faite par tous les modes de preuves, que la loi admet.

Tel est encore le droit commun.

Par tous les modes de preuves, disons-nous, même par témoins et par présomptions, dans les cas, bien entendu, où la preuve par témoins ou par présomptions est admissible. (Comp. Bonnier n° 841.).

261 — *b.* La preuve, qui résulte d'une présomption légale, peut-elle être combattue par la preuve contraire?

C'est notre seconde question; et non la moins difficile! (*Supra.*, n° 257.)

On a, de tout temps, distingué deux sortes de présomptions légales :

Les unes, qui admettent la preuve contraire;

Les autres, qui ne l'admettent pas.

Pour représenter cette distinction, les auteurs ont employé, vers le seizième siècle, des formules d'une latinité assez peu élégante, qui sont pourtant devenues classiques et se retrouvent, en effet, dans nos livres modernes, et même aussi dans les arrêts des cours souveraines. (Comp., Cass., 13 janvier 1875, Baudet, Dev., 1875-1-244.)

Toutes les présomptions légales sont évidemment *de droit ....juris*.

Mais, entre les présomptions de droit, dit Pothier, il y en a qui sont présomptions *juris et de jure*; et les autres sont simplement présomptions *juris* (n° 840).

Et pourquoi ces mots : *juris et de jure?*

Menochius répondait :

« .... *juris*, quia a lege introducta est, et *de jure*, quia super tali præsumptione lex inducit firmum jus, et habet eam pro veritate » (*Tract. de Præsumpt*, lib. 1, 9, 3).

262. — Quelles présomptions étaient, dans notre ancien droit, *juris tantum ?*

Quelles présomptions étaient *juris et de jure ?*

C'est un point qui paraît y avoir toujours été incertain; Pothier, notamment, s'exprime dans des termes vagues, d'où il serait impossible de déduire un *criterium*, pour distinguer les unes d'avec les autres.

263. — Telle est la question, qui est résolue par le second alinéa de l'article 1352 :

« Nulle preuve n'est admise contre la présomption de « la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, « elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, « à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et « sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judi- « ciaires. »

Cet article, par lequel le législataur de 1804 a voulu sans doute mettre un terme aux incertitudes de l'ancien droit, n'a pas, il faut bien le reconnaître, atteint le but qu'il se proposait. La rédaction en est si obscure qu'elle a soulevé l'une des difficultés d'interprétation les plus graves de notre droit nouveau !

264. — Trois dispositions en résultent :

a. — La première détermine la règle, le *criterium*, avons-nous dit, d'après lequel on doit distinguer les présomptions *simples*, qui admettent la preuve contraire, d'avec les présomptions *absolues*, qui ne l'admettent pas;

b. — La seconde décide que les présomptions absolues elles-mêmes admettent la preuve contraire, lorsque la loi l'a réservée;

c. — Enfin, la troisième édicte aussi, en ce qui concerne l'aveu et le serment, une réserve, dont nous aurons à fournir l'explication.

265. — *a.* Quelles présomptions sont absolues? et quels caractères distinguent les présomptions absolues des présomptions simples?

Notre texte répond que la présomption de la loi est absolue :

« Lorsque, sur le fondement de cette présomption, *elle annule certains actes ou dénie l'action en justice.* »

C'est ainsi que, dans les articles 911 et 1099, la loi *annule* certaines donations comme faites au profit d'un incapable sous la forme d'un contrat à titre onéreux, ou sous le nom de personnes interposées. (Comp. aussi art. 446 du Code de comm.; *supra*, n° 255.)

Et *elle dénie l'action en justice* dans les articles 2219 et suivants, qui instituent la prescription à l'effet d'acquérir et de se libérer, comme dans les articles 1282 et 1283, qui établissent une présomption de remise de la dette.

Dans ces cas, la présomption est absolue.

Et, au contraire, dans tous les cas où la présomption de la loi n'a pas l'un ou l'autre de ces caractères, elle est simple.

De sorte que les présomptions simples se trouvent elles-mêmes définies par l'article 1352, pour ainsi dire, *formâ negandi.*

266. — On doit donc considérer comme absolue toute présomption, qui a pour effet direct et immédiat, soit d'annuler un acte, soit de dénier l'action en justice.

M. Larombière remarque que toutes les présomptions finalement aboutissent à l'un ou à l'autre de ces résultats, et que, à les considérer dans leurs dernières conséquences, on en viendrait à n'avoir jamais de présomp-

tions simples et à ne trouver partout que des présomptions absolues (t. V, art. 1352, n° 6).

Mais, précisément, ce qui distingue les présomptions absolues des présomptions simples, c'est que les premières vont directement et immédiatement à ce résultat, qu'elles se proposent d'obtenir : l'annulation d'un acte ou la dénégation de l'action en justice ;

Tandis que les secondes n'ont pas directement pour but ce résultat immédiat, quoiqu'elles puissent indirectement y aboutir.

L'article 2234, par exemple, dispose que : « Le possesseur actuel, qui prouve avoir possédé anciennement, « est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, « sauf la preuve contraire. »

Est-ce une présomption absolue?

Non! il n'y a là qu'une présomption simple; car ni l'un ni l'autre des caractères, qui distinguent cette espèce de présomption, ne s'y rencontre; elle n'annule pas un acte; elle ne dénie pas l'action en justice.

Elle peut être, il est vrai, un acheminement à la prescription, qui sera une prescription absolue.

Mais tel n'est pas son effet, à elle-même; et ce n'est pas en cela qu'elle consiste.

Aussi, nous aurions décidé qu'elle devait admettre la preuve contraire, lors même que l'article 2234 ne l'aurait pas réservée.

267. — C'est que, en effet, il est de la nature des présomptions simples d'admettre la preuve contraire.

Il résulte de l'article 1352 que, si nulle preuve contraire n'est admise contre la présomption de la loi, c'est seulement lorsqu'elle est *absolue* (*infra*, n° 269);

Donc, lorsqu'elle est *simple*, cette prohibition de la preuve contraire n'existe pas.

Et si elle n'existe pas, il n'est pas nécessaire qu'elle soit levée par un texte spécial.

Le législateur l'a fait ainsi quelquefois.

Mais c'est là une précaution surabondante, d'où il ne faut pas déduire une conclusion, qui serait contraire au texte formel de l'article 1352 et à toute la théorie de la loi.

Cette solution d'ailleurs est conforme à la raison et à l'équité.

Les présomptions ne sont généralement que des conjectures plus ou moins vraisemblables.

Or, il est raisonnable et équitable, à moins qu'un intérêt social consacré par le législateur ne s'y oppose, qu'elles cèdent à la preuve contraire et à la démonstration de la vérité.

268. — Et non-seulement, les présomptions simples peuvent être combattues par la preuve contraire.

Il faut ajouter que cette preuve contraire peut être fournie, en général, par tous les moyens, non-seulement par la preuve littérale, mais aussi par la preuve testimoniale et par les présomptions, dans les cas où ces sortes de preuves sont admissibles.

Nous sommes alors, en effet, sous l'empire du droit commun, lorsque la loi n'y a pas dérogé par un texte spécial. (Comp. *supra* n° 247 et *infra* n° 272; Larombière, t. V, art. 1352, n° 8.)

269. — *b*. L'article 1352 dispose, en second lieu, que la preuve contraire peut être admise même contre une présomption absolue, lorsque la loi l'a réservée.

Mais comment donc! voici une présomption légale, qui annule un acte ou qui dénie l'action en justice; et, en même temps que la loi dispose que *nulle preuve n'est admise* contre cette présomption, elle dispose qu'elle réservera néanmoins la preuve contraire.

Cette formule a vraiment quelque chose d'étrange et de contradictoire.

Aussi, s'est-on demandé si ces mots : *à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire*, ne se rapportaient pas seulement aux présomptions simples.

Mais cette interprétation n'est pas possible.

Un texte de loi, comme une clause de convention, doit être entendu dans le sens qui lui donne un effet, plutôt que dans le sens qui le rendrait inutile; or, ces expressions de l'article 1352 seraient dénuées d'effet, si on les appliquait aux présomptions simples, puisque ces présomptions admettent la preuve contraire, lors même que la loi ne l'a pas réservée; donc, elles ne peuvent avoir en vue que les présomptions absolues.

Et c'est bien là ce que démontre aussi la construction grammaticale de la phrase.

D'où il suit qu'il existe, dans la théorie des présomptions légales, trois gradations :

1° Les présomptions simples, premier degré, qui admettent la preuve contraire, lors même que la loi ne l'a pas réservée;

2° Les présomptions absolues, second degré, qui admettent la preuve contraire, lorsque la loi l'a réservée;

3° Les présomptions absolues, troisième degré, contre lesquelles la loi n'a pas réservé la preuve contraire.

270. — Quelles sont donc ces présomptions du second degré, présomptions absolues, contre lesquelles néanmoins la preuve est admissible, parce que la loi l'a réservée?

Il est facile d'en trouver des exemples dans celles des présomptions, par lesquelles *la loi dénie l'action en justice.*

Mais pourtant, comment cela est-il possible? Puisque la loi dénie l'action en justice, c'est qu'elle ne veut pas même qu'il y ait un procès; c'est qu'elle ferme l'accès du Prétoire; or, s'il en est ainsi, comment comprendre qu'elle admette une preuve à laquelle, précisément, elle ne permet pas de se produire!

La réponse est que cette formule, si énergique en apparence : *la loi dénie l'action en justice*, n'a pas le sens absolu, que l'on pourrait croire. Ce qu'elle signifie seule-

ment, c'est que la loi accorde à la partie, en faveur de laquelle la présomption absolue milite, une exception, pour rendre inefficace l'action, qui serait intentée contre elle.

La prescription trentenaire, par exemple, repose sur une présomption légale absolue, et même sur une présomption du troisième degré, contre laquelle la loi n'a pas réservé la preuve contraire. Doit-on en conclure qu'elle s'oppose absolument à ce que l'action en justice soit formée? évidemment non, puisqu'il faut que la prescription soit opposée par la partie, contre laquelle l'action est formée, et que les juges ne peuvent pas la suppléer d'office (art. 2223, 2224).

Or, ce qui est vrai de la prescription trentenaire, l'est également des autres présomptions absolues, contre lesquelles la loi a réservé la preuve contraire.

Telles sont les prescriptions particulières édictées par les articles 2271, 2272 et 2273-2274, auxquels l'article 2275 ajoute cette réserve :

« Néanmoins, ceux auxquels ces prescriptions seront opposées peuvent déférer le serment à ceux qui les opposent sur la question de savoir si la chose a été réellement payée. » (Comp. art. 189 du Code de commerce.)

Telle est aussi la présomption de remise de la dette, qui résulte de la restitution faite par le créancier au débiteur de la grosse du titre, et à laquelle l'article 1283 ajoute cette réserve : *sans préjudice de la preuve contraire.* (Comp. le tome V de ce *Traité*, n° 398.)

271. — Mais il est, au contraire, fort difficile de trouver des exemples de présomptions absolues par lesquelles la loi, *en annulant un certain acte,* ait néanmoins réservé la preuve contraire.

Où sont-elles donc?

Ni Toullier, ni Duranton, ni les autres interprètes de notre Code, n'ont réussi à les découvrir.

Et l'un des plus récents et des meilleurs, M. Bonnier,

à son tour, écrit que « la restriction de l'article 1352 doit être considérée comme une réserve pour l'avenir, et non comme un renvoi à des textes positifs » (n° 845).

Que telle ait été la pensée du législateur, cela paraît certes peu vraisemblable!

Ce qui est certain, c'est que cette restriction de notre texte n'offre pas le même intérêt en ce qui concerne les présomptions, qui annulent certains actes, qu'en ce qui concerne les présomptions, qui dénient l'action en justice.

N'en trouve-t-on pas pourtant un exemple dans l'article 1325, par lequel, après avoir déclaré nul l'acte sous seing privé qui contient une convention synallagmatique, lorsqu'il n'a pas été fait double, ou ne porte pas la mention fait double, la loi réserve la preuve contraire résultant de l'exécution de la convention?

C'est ce que nous avons entrepris d'établir. (Comp. le tome VI de ce *Traité,* n° 398.)

272. — La preuve contraire à la présomption légale absolue peut être fournie par tous les moyens, suivant le droit commun. (Comp. *supra,* n° 268.)

Cette proposition est certaine, lorsque la loi, en réservant la preuve contraire, n'a pas indiqué un mode spécial de preuve par lequel la présomption pourrait être combattue.

273. — Mais en est-il de même dans le cas où la loi, en réservant la preuve contraire, indique un mode de preuve déterminé?

Comme dans le cas de l'article 2275, qui n'admet que la délation du serment;

Comme dans le cas de l'article 189 du Code de commerce, qui n'admet que la preuve résultant d'une condamnation, d'une reconnaissance par acte séparé, ou de la délation du serment.

Nous ne le pensons pas; et, à notre avis, la présomption légale ne peut être alors combattue que par ce seul mode de preuve.

La règle, c'est que *nulle preuve n'est admise* contre une présomption absolue; et ce n'est que par une exception, que la loi réserve, en cas pareil, la preuve contraire;

Or, une exception ne saurait être étendue;

Donc, en dehors des seuls modes de preuve que la loi a réservés, nulle autre preuve ne doit être admise.

Qu'un jugement, par exemple, ordonne, dans le cas de la présomption légale de l'article 2275, la comparution personnelle du défendeur, pour qu'il ait à s'expliquer sur une prétendue reconnaissance de la dette, alléguée par le demandeur; ce jugement sera justement cassé. (7 nov. 1860, Blandin, Dev., 1860, I, 149; comp. Cass., 9 mars 1868, Vallas, Dev., 1868, I, 164; Merlin, *Répert.*, v° *Prescription*, sect. II, § 8, n° 10; Demangeat, sur Bravard, *Traité de droit commerc.*, t. III, p. 572; Troplong, *De la Prescription*, t. II, n° 995; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, § 774.)

274. — Et si ce jugement avait ordonné l'interrogation sur faits et articles?

Les opinions sont partagées.

Tandis que les unes admettent ce mode de preuve (Comp. Toullier, t. V, n° 54; Duranton, t. XIII, n° 484; Marcadé, *De la Prescription*, art. 2275, n° 5);

Les autres, au contraire, le repoussent. (Comp. Lyon, 18 janv. 1836, Dubuisson, Dev., 1836, II, 554; Troplong, *De la Prescription, loc. supra cit.;* Curasson, *De la compétence des juges de paix*, t. I, p. 188; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. V, § 859.)

Cette dernière solution serait, à notre avis, plus logique; ne dérive-t-elle pas, en effet, de l'argument que nous venons de présenter? (*Supra*, n° 273.)

275. — *c*. Quel est le sens de cette formule finale de l'article 1352 : *et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires?*

C'est le point qui nous reste à examiner, le point certes le plus obscur de notre texte! (*Supra*, n°s 263-264.)

Deux interprétations différentes sont en présence :

I. D'après l'une, ces expressions ne renferment qu'un simple renvoi aux sections suivantes, où le législateur s'occupe de l'aveu et du serment; elles ne sont pas dispositives; et il n'y a lieu d'en déduire aucune conséquence;

II. D'après l'autre, au contraire, ces expressions ajoutent une seconde réserve à celle que l'article 1352 vient de faire; et elles signifient que, dans le cas même où la loi n'a pas admis la preuve contre une présomption absolue, elle admet néanmoins la preuve, qui peut résulter de l'aveu et du serment.

276. — I. La première interprétation est enseignée par des auteurs considérables.

C'est ainsi que Duranton ne voit, dans cette rédaction finale de l'article 1352, *qu'une pure inattention de la part des rédacteurs du Code*. (T. XIII, n° 415.)

Et M. Larombière, non moins explicite, ajoute que *les mots, qui terminent cet article, ne veulent absolument rien dire*. (T. V, art. 1352, n° 11.)

Si singulière que cette interprétation puisse paraître, elle s'appuie sur des arguments, dont il serait impossible de méconnaître la gravité :

1° Et d'abord, dit-on, que ces derniers mots de l'article 1352 ne contiennent qu'un simple renvoi aux sections IV et V, où le législateur s'occupe de l'aveu de la partie et du serment, c'est ce qu'il est facile de reconnaître : soit d'après le passage de Pothier, auquel cet article a été emprunté, soit d'après la distribution de ces matières dans le Code lui-même.

Pothier, en effet, dans le paragraphe qu'il consacrait aux présomptions *juris et de jure*, c'est-à-dire à celles-là mêmes, dont l'article 1352 s'occupe, faisait un renvoi, soit à la confession, soit au serment décisoire, *dont nous traiterons*, disait-il, *en la quatrième section, où nous traiterons des serments* (n° 842);

Simple renvoi, d'où on ne devait certes pas conclure

qu'il entendait infirmer ainsi d'avance la force probante des présomptions absolues;

Or, c'est le même renvoi, que l'article 1352 se borne à reproduire;

Donc, il n'y a pas lieu non plus d'en tirer une telle conclusion;

D'autant moins que l'économie de la rédaction des articles du § 1, intitulé : *Des présomptions établies par la loi*, explique bien le caractère de ce renvoi.

L'article 1350 énonce quatre présomptions légales; les trois premières forment l'objet des articles 1351 et 1352 : l'autorité de la chose jugée; — l'annulation de certains actes; — la dénégation de l'action en justice.

Et l'aveu? et le serment?

Il en sera question dans les sections suivantes.

C'est tout ce que Pothier avait dit.

C'est tout ce que dit aussi l'article 1352.

2° On ajoute qu'il serait bien extraordinaire que le législateur ne se fût pas expliqué autrement, s'il avait entendu introduire une disposition pareille à celle que l'autre interprétation prétend trouver dans l'article 1352, une disposition dont les conséquences seraient si graves et si contraires aux principes essentiels sur lesquels les présomptions absolues reposent.

Appliquez, en effet, cette interprétation aux deux présomptions absolues, que l'article 1352 édicte; et vous allez voir à quel point ces conséquences seraient inadmissibles.

Il y a d'abord la présomption, par laquelle la loi annule certains actes.

Admettra-t-on, contre une telle présomption, la délation du serment ou l'interrogatoire des faits et articles?

Mais comment cela serait-il possible!

« Dès que la loi, sur le fondement d'une telle présomption, dit Duranton, a prononcé *la nullité d'un acte*, et qu'elle n'a point réservé la preuve contraire, c'est qu'elle

a voulu établir une nullité absolue; or, une nullité de cette sorte ne peut pas plus être combattue par la délation du serment que par une preuve contraire. » (T. XIII, n° 415.)

Une donation, par exemple, a été faite à une personne que la loi présume interposée pour la transmettre à un incapable; et le donataire veut déférer le serment à l'héritier du donateur ou le faire interroger sur la question de savoir si, en son âme et conscience, il estime que c'est à lui, et non à l'incapable, que la donation a été faite.

L'héritier ne peut-il donc pas répondre que cette présomption légale est absolue :

1° Parce qu'elle est fondée sur ce qui arrive le plus généralement, et que, dans sa généralité même, elle embrasse tous les cas, sans distinction;

2° Parce que, dès lors, elle est applicable dans le cas même où, en fait, elle ne se trouverait pas exacte; et c'est une remarque que Casa-Regis faisait avec beaucoup de justesse : *Ubi aliqua lex vel statutum annullans aliquem actum, editum fuit ad removendas omnes fraudis occasiones, comprehendit etiam casum in quo constaret nullam fraudem fuisse commissam; quia lex aut statutum, providens in genere ad obviendas fraudes, non est restringendum ad eos casus tantum in quibus fraus commissa est, sed ad omnes alios extenditur, in quibus, licet nulla fraus intervenerit, committi poterat.* (*Disc.*, 8, n° 12, t. I, p. 50.)

Et ce qui est vrai de la présomption par laquelle la loi annule certains actes, ne l'est pas moins de la présomption par laquelle la loi dénie l'action en justice.

Admettrait-on, par exemple, la délation du serment, ou l'interrogatoire sur faits et articles contre la présomption légale qui consacre l'autorité de la chose jugée?

Mais cette présomption a précisément pour but de mettre un terme aux contestations judiciaires et d'empêcher qu'elles se renouvellent; or, si la partie, qui a succombé

définitivement, pouvait néanmoins encore invoquer ces deux modes de preuve, elle le pourrait toujours; et les contestations judiciaires n'auraient pas de fin!

Il en est de même de la prescription de trente ans, dont le but essentiel aussi est de marquer un terme aux réclamations de toutes sortes; et ce qui démontre bien, en effet, que le serment ne pourrait pas être déféré contre la présomption absolue, qui en résulte, c'est que la loi, en admettant la délation du serment contre certaines prescriptions particulières, a, par cela même, refusé de l'admettre contre la prescription de trente ans; laquelle est fondée, non pas seulement sur la vraisemblance du payement, mais sur une peine infligée, dans l'intérêt public, à la négligence du demandeur. (Comp. art. 2260, 2275.)

Telle est cette première interprétation.

277. — II. Voici la seconde, que nous croyons devoir proposer, et qui consiste à voir dans ces mots de l'article 1352 : *et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires,* une seconde réserve ajoutée à celle qui précède, par laquelle la loi déclare avoir *réservé la preuve contraire;*

C'est-à-dire que, dans les cas mêmes où la loi n'a pas réservé la preuve contraire contre une présomption absolue, cette présomption peut être néanmoins combattue par l'aveu et le serment, à l'exclusion de tous les autres modes de preuve :

1° Le texte de l'article 1352 nous paraît, en effet, exprimer cette seconde exception : .... *et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.*

Or, qu'est-ce qui sera dit sur l'aveu?

Aux termes de l'article 1356 :

« .... Qu'il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. »

Et sur le serment?

Aux termes de l'article 1358 :

« .... Qu'il peut être déféré sur quelque espèce

de contestation que ce soit. » (Comp. art. 1715.)

Donc, cette réserve de l'article 1352 s'accorde avec les dispositions des articles 1356 et 1358 sur l'aveu et le serment judiciaires.

2° Et pourquoi la preuve résultant de l'aveu et du serment est-elle admissible dans les cas mêmes où les autres preuves sont inadmissibles?

Il est aisé de le comprendre.

Ces deux modes de preuves, en effet, se distinguent des autres sous ce triple rapport, qui explique la différence que le législateur a faite :

Soit parce que la procédure en est courte et peu dispendieuse;

Soit parce que la preuve, qui en résulte, est décisive;

Soit enfin parce que l'on n'aperçoit pas comment une partie pourrait se plaindre de ce que son adversaire la fait juge elle-même dans sa propre cause, et s'en rapporte à sa conscience!

Aussi, cette différence entre l'aveu et les autres preuves est-elle ancienne; et c'est ainsi que Mascardus disait :

« *Confessio tollit præsumptionem juris et de jure, licet alia probatio non admittatur.* » (*De Probat.*, concl. 344.)

3° La doctrine contraire nous fait, toutefois, une objection grave, quand elle demande si nous admettrons l'aveu et le serment contre les présomptions absolues, qui sont fondées sur des considérations d'intérêt public.

Eh bien! non, nous ne les admettrons pas; et voici la distinction, par laquelle nous répondons :

Ou il s'agit, en effet, d'une présomption, qui a pour base un intérêt public;

Ou il s'agit d'une présomption, qui a pour base un intérêt privé.

L'aveu et le serment seront inadmissibles dans le premier cas;

Ils seront admissibles dans le second cas.

Objectera-t-on que les termes de l'article 1352 sont généraux et ne comportent pas cette distinction?

Mais, tout au contraire! suivant nous, la distinction, qui précède, est conforme au texte de la loi, en même temps qu'aux principes généraux.

En effet, quand l'article 1352 renvoie à l'aveu et au serment, c'est, bien entendu, pour les cas où, suivant le Droit commun, l'aveu et le serment sont admissibles ;

Or, l'aveu et le serment ne sauraient faire une preuve de nature à prévaloir contre celles des dispositions de la loi, qui ont pour but un intérêt public ;

Donc, la réserve, que l'article 1352 fait en ce qui les concerne, ne saurait non plus franchir cette limite.

Contre l'autorité de la chose jugée?

Nous n'admettons donc pas l'aveu et le serment.

Et contre la prescription de trente ans?

Pas davantage!

Parce que le législateur, en établissant ces présomptions dans un intérêt supérieur d'ordre public, a précisément voulu que la question, qu'elles tranchent, ne fût pas même agitée!

Mais nous admettons le serment et l'aveu judiciaires contre les autres présomptions absolues, qui n'ont pas ce caractère, et qui ne se rapportent qu'à un intérêt privé. C'est ainsi que nous avons admis déjà ce mode de preuve, contre la présomption légale de remise de la dette, qui résulte, dans le cas de l'article 1282, de la restitution faite par le créancier au débiteur, de son titre original sous signature privée. (Comp. le tome V de ce *Traité*, n° 424.)

278. — Reste, enfin, une dernière objection :

A quels signes sera-t-il possible de distinguer les présomptions absolues, qui sont fondées sur des considérations d'ordre public, et contre lesquelles la preuve résultant de l'aveu ou du serment judiciaire n'est pas admissible, d'avec les présomptions absolues, qui sont

fondées sur des considérations d'intérêt privé, et contre lesquelles cette double preuve est admissible?

Nous venons de voir un exemple de la difficulté, que cette distinction présente, dans la question de savoir si la présomption légale d'interposition de personne, dans les cas prévus par les articles 911 et 1100, peut être combattue par ces moyens.

Question, en effet, délicate! (*supra*, n° 276);

A ce point que, les jurisconsultes eux-mêmes, qui enseignent l'affirmative, se divisent : les uns, pensant que le serment sur le fait d'interposition de personne ne peut être déféré qu'au donateur, et ne peut pas l'être aux héritiers du donateur ou du testateur (Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. VI, p. 333.), tandis que les autres pensent, au contraire, qu'il peut être déféré aux héritiers du disposant comme au disposant lui-même; ce que, pour notre part, nous pensons aussi; car, si la présomption est fondée sur un intérêt privé dans le premier cas, pourquoi serait-elle fondée sur un intérêt public dans l'autre? cela serait inexplicable.

Il faut répondre d'ailleurs que l'objection n'est pas spéciale à la matière qui nous occupe, et qu'elle s'élève, absolument la même, sur toutes les dispositions de la loi, à l'égard desquelles on demande si elles sont d'intérêt privé ou d'intérêt public, et si, en conséquence, les parties peuvent ou ne peuvent pas y déroger. (Art. 6; comp. notre *Traité de la Publication — Des Effets — et de l'Application des lois en général*, n° 19.)

Nous croyons donc devoir proposer cette doctrine, qui a été consacrée par un arrêt important de la Cour de cassation :

« Attendu que si, en principe, la preuve contraire est inadmissible contre les présomptions, sur le fondement desquelles la loi annule un acte ou dénie l'action en justice, cette règle générale est, dans tous les cas, qui ne touchent pas à l'ordre public, inapplicable à la preuve

contraire résultant de l'aveu ou du serment de la partie intéressée à exciper de la présomption légale; — que l'aveu et le serment ne sont pas de simples preuves ordinaires dirigées contre celui qui se prévaut de la présomption ; — qu'émanés de sa conscience et de son libre arbitre, ils font pleine foi contre lui ; — que dès lors ils suffisent, quand ils sont contraires à une présomption même *juris et de jure*, pour la faire rejeter ; — que tels sont bien le sens et la portée de la disposition finale de l'article 1352 du Code civil sainement entendue.... » (13 janv. 1875, Boudet, Dev. 1875, I, 244; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 322; Massé et Vergé, t. III, p. 534; Marcadé, art. 1352, n° 3; Bonnier, n° 846 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 324 *bis ;* Laurent, t. XIX, n° 621.)

B

DE LA PRÉSOMPTION LÉGALE QUI EST ATTACHÉE A L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE.

SOMMAIRE.

279. — Exposition.
280. — Suite.
281. — Division.
282. — Quelle est la cause efficiente de l'autorité de la chose jugée? — Explication.
283. — Suite. — De l'importance des conclusions prises par les parties.
284. — Suite.

279. — Nous avons maintenant à nous occuper spécialement de la présomption légale, qui est attachée à l'autorité de la chose jugée (*supra*, n° 247).

L'article 1351 est ainsi conçu :

« L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de « ce qui fait l'objet du jugement. Il faut que la chose « demandée soit la même; que la demande soit fondée « sur la même cause; que la demande soit entre les « mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la « même qualité. »

S'il est, entre toutes les autres, une présomption, qui repose sur des considérations d'intérêt public, c'est bien celle-ci! Le bon ordre de la société a pour base, en effet, non pas seulement ce qui est vrai et juste, mais aussi ce qui est fini, ce qui est assuré. Il est très-important sans doute que toutes les demandes puissent se produire en justice; mais ce qui ne l'est pas moins, c'est que, une fois qu'elles se sont produites dans les conditions, que la loi détermine, les mêmes demandes ne puissent plus se reproduire!

Il le faut pour la stabilité, pour la sécurité des propriétés et de tous les droits des citoyens, qui seraient, sans cette garantie, frappés indéfiniment de la plus déplorable incertitude. Tel est le premier et le plus essentiel fondement de l'autorité de la chose jugée.

Ajoutons qu'elle maintient la bonne harmonie des familles, dans lesquelles des procès, renaissant en quelque sorte les uns des autres, entretiendraient des dissensions; — Qu'elle leur épargne les redoublements de frais dans lesquels ces procès ne manqueraient pas de les entraîner; — Qu'elle prévient encore un autre résultat non moins déplorable, qui autrement serait à craindre : celui de la contrariété des décisions judiciaires : « .... *maxime si diversa pronunciarentur* » (l. 6 ff., *de Except. rei jud.*) ; — et finalement qu'elle consacre l'autorité de la puissance publique, qui ne saurait être méconnue, et dont les magistrats, rendant la justice, ne sont eux-mêmes que les organes.

C'est pourquoi la loi élève la présomption, qu'elle y attache, à la hauteur d'une vérité démontrée :

« *Res judicata pro veritate accipitur,* » a dit Ulpien (L. 107 ff., *de Regulis juris*).

Présomption en effet, irréfragable, comme la vérité même!

280. — Voilà en quoi consiste cette thèse de l'autorité de la chose jugée.

Il s'agit de distinguer, de discerner:

Si la seconde demande, qui est formée, est différente de la première demande, qui a fait déjà l'objet d'un jugement; auquel cas, elle est recevable;

Ou si, au contraire, la seconde demande n'est que la reproduction de la première; auquel cas, elle n'est pas recevable.

Distinction, comme nous allons voir, souvent délicate!

281. — Nous examinerons, sur ce sujet, les quatre points suivants:

I. — Quels sont les jugements, auxquels est attachée l'autorité de la chose jugée;

II. — Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait chose jugée;

III. — Quel est l'effet de l'autorité de la chose jugée;

IV. — Enfin, dans une dernière partie, nous aurons à rechercher quelle est l'influence, au civil, de la chose jugée au criminel.

282. — Mais, d'abord, il est essentiel de préciser la cause efficiente, et pour ainsi dire, la source, d'où dérive l'autorité de la chose jugée.

Eh bien! donc, cette cause efficiente, c'est la convention, le *contrat judiciaire*, par lequel les parties s'accordent à soumettre à la décision des juges le litige, qui les divise; cette convention est nécessaire sans doute; et la loi l'impose souverainement, nul ne pouvant se faire justice à soi-même; mais elle n'en a pas moins, dans son origine, le caractère d'un contrat :

« .... *Nam sicut in stipulatione contrahitur..., ita in judicio contrahi....* » (L. 3, § 11 ff. *de Peculio*);

Fragment d'Ulpien, d'où est venu cet adage:

Judiciis quasi contrahimus (comp. Cass., 9 nov. 1869, Champy, Dev. 1870, I, 71 ; Cass. 20 déc. 1871, Thuret, Dev. 1873, I, 410; Merlin, *Répert.*, v° *Contrat judiciaire*);

Or, les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties

contractantes, et seulement quant à la cause et à l'objet, qu'elles ont entendu y comprendre (art. 1122, 1165, 2047, 2048, 2049, 2050, 2051);

Donc, il doit en être ainsi de la chose jugée, qui procède elle-même d'un contrat.

C'est pourquoi, en effet, la présomption de vérité que la loi y attache, essentiellement absolue sous un rapport, est, au contraire, sous les autres rapports, essentiellement relative.

L'article 2052 consacre expressément cette assimilation dans son premier alinéa :

« Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de « la chose jugée en dernier ressort. »

Nous pourrions retourner la proposition et dire :

« La chose jugée en dernier ressort a, entre les parties, la même autorité que les transactions. »

283. — Et ce contrat judiciaire, comment se forme-t-il?

Il se forme par les *conclusions*, que les parties déposent de part et d'autre, et qui représentent les deux termes de ce contrat.

D'après l'article 33 du Décret du 30 mars 1808 :

« Dans toutes les causes, les avoués, avant d'être admis à requérir défaut ou à plaider contradictoirement, remettront au greffier de service à l'audience leurs conclusions motivées, et signées d'eux, avec le numéro du rôle d'audience de la Chambre.

« Lorsque les avoués changeront les conclusions par eux déposées, ou qu'ils prendront, sur le barreau, des conclusions nouvelles, ils seront tenus d'en remettre également les copies signées d'eux au greffier, qui les portera sur les feuilles d'audience.... » (Comp. art. 141, 142, 343, 353, 465 Cod. de Procéd.).

Les conclusions! cette pièce si importante de l'instance pour les parties et pour les juges :

Pour les parties, qui tracent ainsi le cercle, dans

lequel le litige s'engage, et les points précis sur lesquels elles demandent une décision ;

Pour les juges, qui doivent rendre la décision demandée par les conclusions, toujours jusques à leurs dernières limites, et jamais au delà ! (Comp. Cass., 24 déc. 1872, Ramus, D. 1873, I, 219; Cass., 14 févr. 1876, Dufeuillant, D. 1877, I, 327.)

Car il y a lieu à requête civile, d'après l'article 480 du Code de Procédure :

3° S'il a été prononcé sur choses non demandées ;

4° S'il a été adjugé plus qu'il n'a été demandé ;

5° S'il a été omis de prononcer sur l'un des chefs de demande.

Aussi, adhérons-nous à cette appréciation, qu'en ont faite les auteurs de l'Encyclopédie du Droit :

« Les conclusions forment la partie la plus importante de la procédure ; elles déterminent le terrain du débat et le circonscrivent. De leur rédaction dépend souvent le sort du procès ; on ne saurait apporter trop de soins à cette rédaction. » (T. V, v° *Conclusions*, n° 2.)

284. — Tel est donc le caractère de l'instance judiciaire : une convention, un contrat !

Ce caractère est essentiel ; et on le trouve, dans toutes les législations, malgré la différence, souvent si profonde, de leurs systèmes de procédure.

Voilà comment nos conclusions françaises semblent nous remettre, pour ainsi dire, en mémoire ces expressions romaines, qui représentent, en effet, la même idée, le même fait : *....litis contestatio.... res in judicium deducta....* (Cod. *de Litis contestatione;* comp., *infra,* n° 297.)

I

QUELS SONT LES JUGEMENTS AUXQUELS EST ATTACHÉE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE.

SOMMAIRE.

285. — Nous demandons premièrement quels sont les jugements, auxquels est attachée l'autorité de la chose jugée.

Cette question était résolue par l'Ordonnance de 1667, titre XXVII, article 5, en ces termes :

« Les sentences et jugements, qui doivent passer en force de chose jugée, sont ceux rendus en dernier ressort, et dont il n'y a appel, ou dont l'appel n'est pas recevable, soit que les parties y eussent formellement acquiescé, ou qu'elles n'en eussent interjeté appel dans le temps, ou que l'appel ait été déclaré péri. »

Cette disposition est encore exacte aujourd'hui.

Et toutefois, il faut remarquer que notre Code ne l'a pas reproduite. Le législateur de 1804, dans l'article 1351, suppose, *à priori*, l'existence d'une décision, ayant force de chose jugée; et il ne s'occupe, cette décision étant donnée, que des conditions, qui sont requises pour déterminer l'étendue et la limite de l'autorité, qui s'y attache.

Nous ferons de même, ne voulant pas empiéter sur le domaine de la Procédure. Le nôtre n'est-il pas, en effet, assez vaste!

Il nous suffira donc de rappeler quelques propositions, qui, dans notre matière, appartiennent plutôt encore aux règles du droit civil qu'aux règles de la Procédure.

286. — Et d'abord, c'est un principe certain que l'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'aux jugements rendus en matière de juridiction contentieuse, *inter nolentes*, et qu'elle ne résulte pas des actes, qui émanent de la juridiction gracieuse, *inter volentes.*

Est-ce que, par exemple, les jugements et arrêts, qui admettent des adoptions, sont revêtus de l'autorité de la chose jugée?

On a entrepris, il est vrai, de le soutenir.

Mais la négative nous paraît manifeste. Que font, en effet, ces jugements et arrêts, autre chose que de permettre à l'officier de l'état civil de recevoir l'acte constatant le consentement des parties! (Art. 357, 359; comp. Cass., 13 mai 1868, P..., Dev., 1868, I, 338, et notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 187.)

Il en est de même des jugements rendus sur requête, comme, par exemple, de ceux, qui accordent l'envoi en possession provisoire des biens d'un absent. (Comp. Colmar, 18 janvier 1850, Domaine de l'État, Dev., 1851, II, 533.)

De même des jugements, qui permettent l'aliénation d'un immeuble dotal; — qui homologuent soit un partage, soit un avis de conseil de famille; — qui accordent une simple autorisation à un officier ministériel, — etc.

Ces décisions-là ne *jugent* pas, et par conséquent, elles ne sauraient avoir l'autorité de la *chose jugée.* (Comp. Caen, 18 déc. 1837, Bouley, Dev., 1839, II, 186; Caen, 12 juin 1842, Bedouin, Dev., 1842, II, 462; Cass., 11 fév. 1863, Jaussions, Dev., 1863, I, 103;

voy. toutefois, Angers, 9 mars 1843, Gicqueau, Dev., 1843, II, 318.)

287. — Supposons donc un jugement rendu en matière de juridiction contentieuse.

Ce qu'il faut alors, pour que ce jugement ait l'autorité de la chose jugée, c'est qu'il ait statué définitivement et irrévocablement.

« *Res judicata dicitur, quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accepit.* » (L. I, ff. *de Re judicata.*)

Cette règle de Modestin est toujours vraie!

Il faut, disons-nous, que le jugement ait statué définitivement :

Soit sur le litige, de manière à le vider lui-même entièrement;

Soit sur certains points du litige, débattus entre les parties, de manière aussi à les vider d'une manière définitive.

Tel est le principe.

Comment l'application doit-elle en être faite aux diverses espèces de jugements : définitifs ; — préparatoires ; — interlocutoires, — ou provisoires?

Cette thèse comporte certaines distinctions, dont nous n'avons pas ici à fournir l'explication. (Comp. *supra* n° 285; Cass., 17 août 1853, Monnier, Dev., 1854, I, 777; Cass., 30 janvier 1856, Cauvières, Dev., 1856, I, 721.)

288. — Trois hypothèses sont possibles :

Ou la décision judiciaire ne peut plus être attaquée par aucune voie de recours, ni ordinaire, ni extraordinaire; et dans ce cas, elle a l'autorité de la chose jugée à son degré le plus éminent, l'autorité irréfragable;

Ou, ne pouvant plus être attaquée par les voies ordinaires de recours, elle est passible et se trouve même peut-être actuellement frappée d'un recours extraordinaire; et dans ce cas aussi, elle a l'autorité de la chose jugée, quoiqu'elle soit susceptible d'être anéantie plus

tard par l'effet de ce recours possible encore ou même déjà formé (comp. art. 2157, 2215);

Ou enfin, la décision judiciaire est susceptible d'être frappée d'un recours ordinaire, l'opposition ou l'appel, mais qui n'est pas encore formé; et, dans ce cas même, on peut dire qu'elle a l'autorité de la chose jugée, mais seulement d'une façon, en quelque sorte, provisoire, puisque ces recours, s'ils sont exercés, lui enlèveront toute sa force, et l'anéantiront.

Aussi, est-ce seulement aux deux premières hypothèses, que l'on se réfère généralement, lorsqu'on discute une question d'autorité de chose jugée.

289. — Le point essentiel, que nous avons surtout à poser ici, consiste à savoir quelles sont les parties de la décision judiciaire, auxquelles l'autorité de la chose jugée est attachée.

Cette autorité, en effet, ne s'attache pas à toutes les paroles, que le juge prononce :

« *Nex omnis vox judicis judicati continet auctoritatem,* » dit fort justement Dioclétien (l. 7 Cod. *de Sententiis et Interlocutionibus*).

Aux termes de l'article 15 du titre V de la loi des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire :

« La rédaction des jugements, tant sur l'appel qu'en première instance, contiendra quatre parties distinctes :

« Dans la première, les noms et les qualités des parties seront énoncées;

« Dans la seconde, les questions de fait et de droit, qui constituent le procès, seront posées avec précision;

« Dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction, et les motifs, qui auront déterminé le jugement, seront exprimés;

« La quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement. »

Et, aux termes de l'article 141 du Code de Procédure :

« La rédaction des jugements contiendra les noms des

« juges, du Procureur de la République, s'il a été en-
« tendu, ainsi que des avoués; les noms, professions et « demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition « sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le « dispositif des jugements. »

L'article 142 ajoute que :

« La rédaction sera faite sur les qualités signifiées « entre les parties.... »

Enfin, aux termes de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 :

« Les arrêts; .... qui ne contiennent pas les motifs, sont déclarés nuls. »

Eh bien! donc, toutes les parties de la décision judiciaire, que nous venons d'énoncer, d'après ces textes, acquièrent-elles l'autorité de la chose jugée?

Il s'en faut bien!

Et, au contraire, l'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'au *dispositif* seulement.

De sorte qu'elle n'appartient :

Ni à la rédaction des qualités;

Ni à la rédaction des points de fait et de droit;

Ni aux motifs.

290. — Attendu, en droit, dit la Cour de cassation, que, dans les jugements et arrêts, ce ne sont pas *les motifs*, mais *le dispositif seul*, *qui juge*, et qui, par conséquent, peut seul acquérir l'autorité de la chose jugée.... » (30 août 1832, Dumas, D., 1832, I, 394; Cass., 3 mars 1863, Hollander, Dev., 1863, I, 143; Cass., 16 fév. 1876, Baruk, Dev., 1876, I, 207.)

Ce n'est pas sans doute que les trois autres parties, que les décisions judiciaires doivent contenir, n'exercent aussi leur part d'influence sur l'autorité, qui s'y attache. En exigeant que la décision judiciaire les contienne, le législateur évidemment n'a pas entendu imposer aux avoués et aux juges un travail sans utilité et sans résultat.

Et si, en effet, la rédaction des qualités, et des points de fait et de droit, de même que des motifs, n'acquiert pas l'autorité de la chose jugée, il faut ajouter que ces trois éléments de la décision judiciaire peuvent servir à expliquer, à interpréter le dispositif, à préciser le sens des expressions, qui y sont employées, et à en déterminer l'étendue.

Nous allons voir que, pour qu'une seconde demande puisse être repoussée par l'autorité de la chose jugée sur une première demande, il faut qu'il y ait identité d'objet, de cause et de personnes; or, c'est en comparant les qualités et les points de fait et de droit dans chacune d'elles, avec les conclusions, que l'on peut surtout reconnaître si cette triple identité se rencontre dans l'une et dans l'autre.

On peut en trouver des exemples dans beaucoup d'arrêts de la Cour de cassation. Nous citerons notamment celui-ci :

« Attendu que le prix, dont le défendeur était tenu en qualité d'adjudicataire, n'a été, dans l'instance suivie de l'arrêt du 8 mars 1849, *l'objet d'aucunes conclusions et d'aucun débat entre les parties, ni d'aucun motif révélant, de la part des juges d'appel, l'intention d'en déterminer irrévocablement le chiffre;* — qu'en ordonnant de procéder au compte, dont il s'agit, l'arrêt précité a, par cela même, implicitement réservé les droits des parties sur ce chef; — que si, fixant ensuite le chiffre des créances du défendeur à imputer sur le prix principal d'adjudication, le *même arrêt a* ÉNONCÉ *la somme de* 125,050 francs comme constituant ce prix, il n'a entendu rien juger ni même préjuger sur la prétention du défendeur à en obtenir la réduction dans les comptes ultérieurs, au moyen d'une remise de 5,050 francs, qui lui avait été antérieurement consentie; — d'où il suit que la Cour d'appel de Paris a pu, comme elle l'a fait par l'arrêt attaqué, *interpréter ainsi son arrêt du* 8 *mars précédent*, sans méconnaître

l'autorité de la chose jugée, et n'a point violé l'article 1351 du Code civil. » (14 août 1852, Chauvin, Dev., 1852, I, 208; comp. Cass., 7 mars 1876, Viviès, Dev., 1876, I, 448; Griolet, p. 121-124.)

291. — Bien plus! en ce qui concerne les motifs, il en est qui se lient si étroitement à la décision judiciaire, qu'on doit aller jusqu'à dire qu'ils participent eux-mêmes à l'autorité de la chose jugée, qui appartient au dispositif.

On a présenté, en ce sens, une distinction, sous une forme un peu métaphysique peut-être, mais qui nous paraît, au fond, très-exacte.

Il peut y avoir, dans une décision judiciaire, deux sortes de motifs :

Les uns, que l'on appelle *subjectifs*, et qui sont les simples mobiles de la détermination du juge;

Les autres, que l'on appelle *objectifs*, et qui sont, a dit Bohmer, l'âme et comme le nerf de la sentence, « .... *anima et quasi nervus sententiæ.* » (*Jus eccles.*, *Proleg.*, lib. II, tit. XVII, § 14; Savigny, *Traité du Droit romain*, §§ 291 et suiv.)

Que les motifs subjectifs n'aient pas, avec le dispositif, l'autorité de la chose jugée, cela est incontestable. Que sont-ils, en effet, autre chose que l'opinion du juge, soit en doctrine sur une question de droit, soit en fait sur des circonstances plus ou moins accessoires ou accidentelles de l'espèce; son opinion, disons-nous, plus ou moins développée, mais ne renfermant encore aucune décision.

Tout autres sont, au contraire, les motifs objectifs! ceux-ci renferment la raison essentielle de décider; si bien qu'ils se réfèrent nécessairement au dispositif, dont ils forment la base, et qui, sans eux, ne pourrait pas en effet se soutenir. (Comp. Cass., 25 juin 1869, cité par Bonnier, n° 863.)

Or, il est clair qu'on ne saurait distinguer de tels motifs d'avec le dispositif!

C'est donc que logiquement ils sont, pour ainsi dire, une partie intégrante du dispositif lui-même; qu'ils font corps avec lui, et que l'autorité de la chose jugée, qui appartient au dispositif, leur appartient aussi.

Je demande à Paul le paiement d'une créance de 10000 fr., que j'ai contre lui.

Paul réplique qu'il a, de son côté, contre moi, une créance de 10,000 fr.; et il m'oppose la compensation.

Le jugement, dans son dispositif, se borne à condamner Paul à me payer la somme de 10,000 fr.

Ma créance contre lui est donc reconnue valable et existante.

Et sa créance contre moi?

Le dispositif n'en dit rien.

Mais lisez les motifs; ils portent que la preuve est faite que cette créance n'a pas existé ou qu'elle a été éteinte.

Est-ce que Paul pourrait, après une telle décision, renouveler contre moi sa demande en payement de cette prétendue créance de 10000 fr.?

Nous ne saurions le croire. (Comp. l. 7, § 1, ff. *de Compensationibus;* Bonnier, n° 866.)

Et pourquoi ne le pourrait-il pas?

Précisément, parce que le dispositif, interprété par les motifs, a jugé que sa créance n'existe pas; d'où il est permis de conclure que les motifs eux-mêmes acquièrent, par cette intime et nécessaire corrélation avec le dispositif, l'autorité de la chose jugée. (Comp. Nîmes, 10 déc. 1839, Commune de Gojon, Dev. 1840, II, 179; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 480; Larombière, t. V, art. 1351, n° 18; Griolet, *de l'Autorité de la chose jugée,* p. 8, 123, 137 et 138.)

Nous disons : parce que le dispositif, interprété par les motifs, a jugé que le droit invoqué par le défendeur n'existait pas.

Il en serait autrement, bien entendu, suivant la juste

remarque de M. Griolet (*loc. supra*), s'il en résultait seulement que le droit invoqué par le défendeur ne pouvait pas faire obstacle à la condamnation.

292. — L'autorité de la chose jugée ne s'attache pas, d'ailleurs, à celles des parties du *dispositif* lui-même, qui contiennent simplement des énonciations ou des suppositions, relativement à l'objet de la contestation;

Et cela, quel que puisse être leur rapport avec cet objet, dès qu'elles ne sont pas elles-mêmes *dispositives*.

Énoncer, en effet, ou *supposer,* n'est pas *juger!*

C'est un axiome de notre matière; et il est conforme à la raison; car les simples suppositions ou énonciations, que la décision renferme, n'ont été elles-mêmes l'objet d'aucune conclusion ni d'aucun débat; et, par conséquent, l'examen attentif et consciencieux du juge ne s'y est pas arrêté.

Voici un jugement qui condamne Pierre, défendeur, à fournir des aliments à Paul, demandeur, que ce jugement qualifie de père ou d'enfant de Pierre.

Est-ce que la question de paternité et de filiation est décidée?

Non pas!

Ce que ce jugement décide seulement, c'est que Pierre devra fournir des aliments à Paul dans l'état actuel du fait, que le débat présente, et que le Tribunal n'est pas appelé à apprécier ni à juger.

Quant à la qualité, par suite de laquelle il devra les fournir, le jugement l'énonce; il la suppose; mais il ne la déclare pas elle-même.

Nec enim, disait élégamment Ulpien, *pronuntiatur filium esse, sed ali debere....* (L. 5, § 9, ff. *de Agnosc. et alend. liber.,* comp. Cass., 30 août 1832, Dumas, D., 1832, I, 394.)

Ou bien, c'est un jugement qui, sur la demande d'un créancier, condamne le débiteur à payer les intérêts d'un capital, dont le montant y est simplement énoncé.

Aura-t-il l'autorité de la chose jugée, quant à la quotité de ce capital?

Pas davantage. (Comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 336; Cass., 25 août 1829, Sirey, 1829, I, 353; Cass., 30 avril 1850, Redhon, Dev., 1850, II, 497; Cass., 14 janv. 1852, Chauvin, Dev., 1852, I, 208; Cass., 21 janv. 1856, de Nadaillac, Dev., 1856, I, 330; Cass., 20 déc. 1872, Thuret, Dev., 1873, I, 410; Toullier, t. VI, nos 228-229; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 480.)

293. — La solution, qui précède, n'est, bien entendu, applicable, comme nous venons de le dire, que relativement aux points, qui sont simplement indiqués dans le dispositif, par forme d'énonciation ou de supposition, sans s'y trouver eux-mêmes décidés, et qui n'ont pas été, en effet, l'objet de conclusions prises par les parties.

Il en serait, au contraire, autrement, s'il s'agissait d'une question, qui aurait été, dans les conclusions des parties, posée comme préjudicielle, et qui se trouverait décidée par une disposition expresse du jugement.

C'est, en effet, un principe de logique et de raison, que l'autorité de la chose jugée s'attache non-seulement à ce qui a été jugé principalement, mais encore à ce qui a été jugé incidemment sur les conclusions prises par les parties.

Et voilà comment un jugement rendu sur une question d'état, proposée incidemment comme préjudicielle, soit par le demandeur, soit par le défendeur, a l'autorité de la chose jugée, de même que si la question avait été soulevée par voie d'action principale. (Comp. Cass., 31 déc. 1834, Dev. 1835, I, 545.)

294. — Il faut ajouter que l'autorité de la chose jugée peut résulter d'une disposition même simplement *implicite*, lorsque cette décision est une conséquence nécessaire d'une disposition explicite. (Comp. Cass., 20 fév. 1855, Rohmer, Dev. 1856, I, 415.)

C'est ainsi qu'un jugement, qui déclare valables des poursuites exercées contre Paul en exécution d'un titre, a, par cela même, l'autorité de la chose jugée sur la validité de ce titre. (Comp. Cass., 4 déc. 1837, Magnoncour, Dev., 1838, I, 233.)

295. — Nous terminerons cette partie de notre étude, en rappelant la règle fondamentale, que nous avons déjà posée, à savoir :

D'une part, que c'est par les conclusions, qui sont prises respectivement par les parties, que se forme le contrat judiciaire;

Et, d'autre part, que les juges doivent prononcer sur toutes ces conclusions, et rien que sur ces conclusions (*supra*, nº 283).

D'où cette maxime, qui est, en matière d'autorité de chose jugée, pour savoir jusqu'où elle va et où elle s'arrête, un *criterium*, en général, très-sûr :

Tantum judicatum, quantum litigatum.

Ou encore, pour la juridiction d'appel :

Tantum devolutum, quantum appellatum. (Comp. Avis du Conseil d'État du 12 nov. 1806.)

C'est-à-dire qu'il faut comparer attentivement les conclusions avec le dispositif, et apprécier, d'après la portée des unes, la portée de l'autre :

« Attendu qu'*aucunes conclusions n'avaient été prises sur la question de savoir....* » (20 févr. 1855, Rohmer, Dev., 1856, I, 415);

« Attendu que, en décidant, *dans l'état des conclusions et des faits...* » (10 déc. 1867, de Beaucaire. Dev. 1868, I, 121.)

Mais, pourtant, il est possible que le juge ait prononcé *ultra petita* ; et dans ce cas, si sa décision n'est pas attaquée par la requête civile, elle n'en aura pas moins, comme toute autre, l'autorité de la chose jugée ! (Comp. Larombière, t. V, art. 1351, nº 30.)

Il est vrai ! (*Supra*, nº 283.)

Mais un tel argument ne prouve rien contre notre thèse.

Et nous n'avons pas besoin d'ajouter que la présomption doit être que le juge, se conformant à la loi, s'est renfermé dans les limites, que les conclusions lui marquaient.

II

QUELLES SONT LES CONDITIONS REQUISES POUR QU'IL Y AIT AUTORITÉ DE CHOSE JUGÉE.

SOMMAIRE.

296. — Trois conditions sont nécessaires, d'après l'article 1351, pour qu'il y ait autorité de chose jugée.

Il faut :

A. — Que la chose demandée soit la même;

B. — Que la demande soit fondée sur la même cause;

C. — Que la demande soit entre les mêmes parties, et formée, par elles et contre elles, en la même qualité.

Voilà ce que disaient Paul et Ulpien, dont les fragments ont servi de type à notre texte :

Cum quæritur an hæc exceptio noceat, nec ne? inspiciendum est an idem corpus sit;

Quantitas eadem, idem jus;

Et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum; quæ nisi omnia concurrant, alia res est. (L. 7, ff. *de Exceptione rei judicatæ.*)

Et Julien résumait ainsi ces trois conditions :

« .... *Exceptionem rei judicatæ obstare quotiens eadem quæstio inter easdem personas revocatur.* » (L. 3, h. t.)

Est-ce la *même question*, que le second procès renouvelle *entre les mêmes parties?*

Tel est le point à résoudre.

297. — Il n'est pas inutile toutefois de remarquer que l'*exceptio rei judicatæ*, en Droit romain, ne fournissait qu'un simple moyen de procédure, pour paralyser l'action, si elle était intentée de nouveau. Elle n'était, suivant sa dénomination même, qu'une exception, dont la fonction, purement négative, du moins en général, dans

l'origine, n'avait pas pour effet positif et direct l'extinction de l'action primitivement intentée.

Tout autre est la doctrine française!

Il est vrai que l'on rencontre encore souvent aujourd'hui, dans les livres et même dans les arrêts, cette dénomination d'*exception* appliquée à l'autorité de la chose jugée; mais c'est là une réminiscence lointaine d'un système de procédure, avec lequel notre procédure n'a rien de commun!

Ce n'est pas d'ailleurs ici le lieu de nous étendre sur cette exposition historique de notre sujet; nous ne saurions mieux faire que de nous référer aux développements, que M. Griolet y a consacrés dans son savant Traité: *de l'Autorité de la chose jugée*, p. 12 et suiv. (Bonnier, n° 866.)

298. — A. — La première condition pour qu'il y ait autorité de chose jugée, c'est, disons-nous, que la chose demandée soit la même.

Remarquons d'abord que cette condition implique nécessairement que la cause de la demande est la même.

Il est clair, en effet, que l'identité de chose ne sera un obstacle, ni à une nouvelle action de la part du demandeur, ni à une nouvelle exception de la part du défendeur, si, dans la seconde instance, l'action ou l'exception est fondée sur une cause différente de la cause sur laquelle elles étaient fondées dans la première instance.

J'ai demandé une première fois, contre vous, le domaine A, en vertu d'une donation entre-vifs; et j'ai succombé.

Je demande une seconde fois, contre vous, le même domaine A en vertu d'un testament.

La chose demandée est la même!

Oui; mais la cause de la demande est différente.

Cette remarque n'est pas sans importance, en raison de la confusion, que l'on pourrait faire parfois de l'*objet* et de la *cause* de la demande.

299. — Il y a un moyen simple et généralement sûr, de reconnaître si la chose demandée par une seconde action est la même que la chose qui a été demandée déjà par une première action.

Si la chose jugée sur cette seconde action est, en effet, la même, elle aura nécessairement pour résultat :

Soit de confirmer la première décision judiciaire, si elle est semblable;

Soit de la contredire, si elle est différente.

Au premier cas, elle serait inutile et ferait double emploi;

Au second cas, elle établirait, entre les deux décisions judiciaires, une contrariété, qui rendrait impossible l'exécution de l'une et de l'autre.

Tel est donc, tout d'abord, l'examen qu'il faut faire au point de vue de l'identité de l'objet.

300 — L'identité d'objet peut présenter ces trois caractères : *Idem corpus; — quantitas eadem; — idem jus* (*supra*, n° 296) :

Idem corpus, la même chose corporelle, la plus facile à reconnaître sans doute!

Il est clair, en effet, que la chose jugée, qui m'a débouté de la demande que j'avais formée de la maison A, ne s'oppose pas à ce que je forme la demande de la maison B.

De même, en sens inverse, la chose jugée, qui m'a débouté de la demande que j'avais formée de la maison A, s'oppose évidemment à ce que je forme une nouvelle demande de cette même maison.

Ajoutons que cette solution devrait être maintenue, dans le cas même où la chose aurait reçu des augmentations ou subi des diminutions, soit naturelles, soit artificielles, dans l'intervalle des deux procès. Les changements, qui auraient pu s'opérer dans ses parties constitutives, n'empêcheraient pas qu'elle dût toujours être considérée comme la même.

« *Idem corpus, in hac exceptione,* disait Paul, *non utique omni pristima qualitate servata, nulla adjectione diminutioneve facta, sed pinguius, pro communi utilitate, accipitur.* » (L. 14 ff. *h. t.;* comp. Pothier, n° 890; Toullier, t. VI, n° 145; Duranton, t. XIII, n° 462; Proudhon, *de l'Usufruit,* t. III, n° 1271.)

301. — Voilà comment il se peut que la chose, qui a fait l'objet de la demande ou de l'exception, dans le premier procès, ait été renouvelée peut-être entièrement, dans ses parties constitutives, et qu'elle soit néanmoins toujours juridiquement la même que celle qui fait l'objet d'une seconde demande ou d'une seconde exception.

C'est ce qui arrive, lorsqu'il s'agit d'un être collectif, distinct des êtres individuels, qui le composent.

J'ai demandé le troupeau A; et j'ai perdu mon procès.

Je demande ensuite le même troupeau A, après que la plupart des têtes, qui le composaient lors de ma première demande, ont été renouvelées.

L'autorité de la chose jugée me sera opposable.

Ce ne sont plus les mêmes unités!

Non; mais c'est toujours la même collection; or, c'est bien cette collection, cet ensemble, qui formait l'objet de la première demande ou de la première exception. (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens; — de la Propriété; — de l'Usufruit; — de l'Usage et de l'Habitation,* n° 313.)

302. — Et la chose jugée me sera opposable, soit que ma seconde demande ait, comme la première, pour objet le troupeau tout entier, soit qu'elle ait pour objet une partie ou même plusieurs des têtes, ou une seule tête de ce troupeau, si je les demande comme une partie intégrante du troupeau lui-même.

303. — Pareillement, j'ai revendiqué une hérédité; et j'ai perdu mon procès.

Pourrais-je ensuite revendiquer une maison, qui en dépend, ou poursuivre un débiteur héréditaire?

Non, sans doute!

Pas plus que je ne pourrais revendiquer l'hérédité, après avoir perdu mon procès dans une demande en revendication d'une maison, qui dépend de l'hérédité, ou dans une poursuite contre un débiteur héréditaire.

C'est que, dans l'un et dans l'autre cas, l'objet de la demande, ce n'était pas la maison ou la dette héréditaire, c'était l'hérédité elle-même, le *jus universum*, que le défunt avait laissé.

« *Nam cum hæreditatem peto, et corpora, et actiones omnes, quæ in hæreditate sunt, videntur in petitionem deduci.* » (L. 7, § 5 ff., *de Except. rei judicatæ;* comp. Bonnier, n° 865; Colmet de Santerre, t. V, n° 328 *bis* VI.)

Par le même motif, avez-vous succombé dans la revendication d'un domaine? vous serez repoussé par l'autorité de la chose jugée, si vous revendiquez ensuite un ou plusieurs immeubles particuliers, comme formant des dépendances de ce domaine. (Comp., *infra*, n° 316; Griolet, p. 134-135.)

304. — Il faut appliquer un principe semblable à l'identité de quantité : ... *quantitas eadem.*

Que cette condition implique toujours l'identité des espèces, cela est certain ; et il est clair que la chose jugée, qui a repoussé ma demande de vingt mille francs, ne s'opposera à ma nouvelle demande de vingt barriques de vin.

Les deux demandes ou les deux exceptions successivement proposées doivent donc porter sur deux quantités de même espèce.

Mais cette condition implique-t-elle aussi nécessairement l'identité ou l'égalité de quantités?

Non pas!

Il faut alors rechercher si c'est *eadem quæstio*, en d'autres termes, si le droit mis en question, dans la seconde contestation, est le même que celui, qui a été mis en question dans la première, et sur lequel le jugement a été rendu.

J'ai demandé 10,000 francs en vertu d'un billet, dont le chiffre était de 20,000 francs ; et j'ai succombé, parce qu'il a été jugé que mon titre était nul.

Je ne pourrai pas demander encore les 10,000 francs d'excédant; car c'est bien en réalité, *eadem quantitas*, qui faisait l'objet de ma première demande.

Supposez, au contraire, que j'ai réussi, et que l'obligation contractée par Paul envers moi, étant exigible par quart, j'ai, sur ma demande du premier quart, fait rejeter l'exception de nullité, qu'il a proposée. Si Paul, sur ma demande des trois autres quarts, proposait encore cette nullité, je lui opposerais victorieusement l'autorité de la chose jugée.

Car c'est bien la même question, qu'il tenterait de renouveler.

Et puis, les luttes seraient interminables dans ces procès de sommes ou de quantités, puisque, en raison de la divisibilité infinie, dont elles sont susceptibles, les parties, le demandeur ou le défendeur, pourraient incessamment renouveler les procès sur le même droit. (Comp. Cass., 20 déc. 1830, Thévenin, D. 1831, I, 25; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 195-196; Colmet de Santerre, t. V, n° 328 *bis* VIII; Larombière, t. V, art. 1351, n° 36; Griolet, p. 136.)

305. — Celui, qui a succombé dans une demande, qui avait seulement pour objet le payement des intérêts d'une créance, peut-il demander ensuite le principal?

Il faut distinguer :

Oui ! si la chose jugée a porté seulement, comme la demande, sur la question des intérêts, sans décider la question du principal ;

Non ! si la chose jugée a porté sur la créance elle-même, en déclarant qu'elle est inexistante, nulle ou éteinte, sur une exception proposée par le défendeur.

306. — C'est pourquoi, en sens inverse, on doit décider que le jugement, qui rejette, par un de ces mo-

tifs, la demande en payement d'une somme principale, fait obstacle à une demande ultérieure, qui aurait pour objet le payement des intérêts de cette somme, la chose jugée sur la question du principal impliquant nécessairement la chose jugée sur les intérêts. (Comp. L. 7, § 1, L. 23 ff., *de Except. rei judicatæ;* Pothier, nos 892-893; Duranton, t. XIII, nos 467-469; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 493-494.)

Mais il en serait autrement, bien entendu, dans le cas où la chose jugée, quant au principal, ne pourrait pas être étendue, explicitement, ni implicitement, aux intérêts. (Comp. Cass., 28 déc. 1859, Holder, Dev. 1860, I, 330.)

307. — La double solution, que nous venons d'appliquer aux intérêts civils d'une somme d'argent, serait évidemment aussi applicable aux fruits naturels ou industriels d'une chose corporelle.

308. — Il ne faut pas confondre la question, qui porte sur l'existence ou la validité d'un contrat de cautionnement;

Avec la question, qui porte sur les exceptions de discussion, de division, ou *cedendarum actionum*, que la caution peut opposer.

Voici un jugement, qui condamne Paul, comme débiteur principal, et Pierre, comme caution, à payer une dette.

Fait-il obstacle à ce que Pierre propose ensuite les exceptions, qui lui compètent, en vertu de cette qualité de caution, qui vient d'être reconnue à sa charge?

Nullement!

Car la demande, qu'il en forme, loin de contredire la chose jugée, n'en est que la reconnaissance même et l'exécution! (Comp. Cass., 20 mars 1843, Dortigues, Dev., 1843, I, 455; Larombière, t. V, art. 1351, n° 42).

309. — Paul était demandeur en collocation dans

l'ordre ouvert pour la distribution du prix d'une partie déterminée d'un immeuble.

Et le jugement a été rendu soit pour lui, soit contre lui.

Un second ordre est ouvert ensuite pour la distribution du prix distinct d'une autre partie de cet immeuble; et il s'y présente.

La chose jugée, sur la question relative au premier ordre, peut-elle être invoquée par lui, si elle lui est favorable, ou contre lui, si elle lui est contraire?

Nous ne le pensons pas.

Quel était l'objet de la première demande?

Le prix d'une certaine portion déterminée de l'immeuble.

Et quel est l'objet de la seconde?

Le prix distinct d'une autre partie de l'immeuble.

La chose demandée n'est donc pas la même dans l'une et dans l'autre instance. (Comp. Cass., 28 août 1849, Jeanron, Dev., 1850, I, 49; Cass., 31 mars 1851, Denet, Dev. 1851, IV, 305.)

310. — Vous avez revendiqué la pleine propriété de l'immeuble A; et vous avez succombé.

Pouvez-vous ensuite revendiquer la nue propriété de ce même immeuble?

Évidemment non!

311. — Et la jouissance?

Il faut distinguer :

Si vous revendiquez cette jouissance comme un démembrement du droit de propriété, si c'est, en un mot, suivant la terminologie classique, l'*usufrutus causalis*, que vous revendiquez, la chose jugée vous sera opposable;

Tandis qu'elle ne vous sera pas opposable, si votre seconde demande a pour objet l'*usufructus formalis*.

Dans le premier cas, en effet, les deux demandes ont le même objet, l'usufruit *causal* ayant été compris dans la demande, que vous avez formée de la pleine propriété;

Dans le second cas, au contraire, l'objet des deux demandes n'est plus le même : dans la première, la jouissance à titre de propriété ; dans la seconde, la jouissance à titre de servitude personnelle.

Il y a si peu d'identité entre l'une et l'autre, que la seconde est exclusive de la première ; vous ne pouvez être, en effet, déclaré usufruitier qu'autant que vous n'aurez pas été déclaré propriétaire ! (Art. 578 ; comp. Cass., 21 vendémiaire an XI, Sirey, III, 2, 586 ; l. 21, § 3 ff., *de Except. rei judicatæ;* notre *Traité de la Distinction des biens ; — de la Propriété ; — de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation*, t. II, n° 216 ; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. III, n° 1271 ; Toullier, t. VI, n° 154 ; Duranton, t. XIII, nos 465-469 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 494, 495 ; Griolet, p. 134.)

312. — Réciproquement, par le même motif, le jugement, qui a rejeté la demande, par laquelle j'ai revendiqué, sur l'immeuble A, un droit d'usufruit formel, ne fait pas obstacle à ce que je puisse, par une seconde demande, revendiquer la propriété de ce même immeuble.

« .... *Quia et diversa corpora sunt,* disait Paul, *et causæ restitutionum dispares....* » (L. 17 ff. *de Except. et præscript.*)

313. — Ma première demande avait pour objet la propriété exclusive de telle ou telle partie déterminée de l'immeuble A.

J'ai succombé.

Et ma seconde demande a pour objet un droit de propriété commune et indivise sur cet immeuble.

Ou, en sens inverse, après avoir succombé dans une demande, par laquelle je réclamais un droit de propriété commune et indivise sur l'immeuble A, je forme une seconde demande, par laquelle je réclame la propriété exclusive de cet immeuble.

La chose jugée me sera-t-elle opposable ?

Notre avis est qu'il faut répondre négativement dans l'un et dans l'autre cas.

Autre chose est, en effet, un droit de propriété exclusive;

Autre chose un droit de propriété commune et indivise. (Comp. Cass., 14 févr. 1831, Vincent, D., 1831, I, 73; Cass., 15 juin 1843, Garnier, Dev., 1843, I, 589.)

314. — Supposons enfin que, après avoir succombé dans une demande de servitude sur le fonds A, d'un droit de vue, par exemple, je demande ensuite sur le même fonds une autre servitude, un droit de passage.

La chose jugée ne me sera pas non plus, dans ce cas, opposable.

La chose matérielle est la même !

Oui; mais le droit, réclamé sur cette chose, est différent.

Or, disait Paul justement, *nec interest in corpore hoc quæratur, in quantitate, vel in jure.* » (L. 7 *princ.* ff. *de Except. rei judicatæ.*)

Et cette solution étant une fois admise, il faut évidemment l'appliquer, sans distinguer :

Si la servitude, réclamée par la seconde action, est plus restreinte ou plus étendue que la servitude, qui a été réclamée par la première ;

Ni si elle comprend ou si elle ne comprend pas virtuellement elle-même une faculté, qui se trouvait comprise dans la première.

Dans ces deux cas, en effet, le droit sur lequel les deux actions sont fondées n'en est pas moins différent.

J'avais d'abord réclamé un droit de passage ;—je puis ensuite réclamer un droit de vue.

J'avais d'abord réclamé un droit de vue; — je puis ensuite réclamer un droit de puisage — (art. 696).

Ou, après avoir réclamé un droit de passage à pied (*iter*), je puis réclamer un droit de passage avec bêtes de somme (*actus*), ou avec voitures (*via*).

« Les trois servitudes, *iter*, *actus*, *via*, dit très-bien « M. Griolet, diffèrent par la nature même du rapport de « droit, et non par l'étendue de leur objet. » (p. 134; comp. L. 11, § 6, ff. *de Except. rei judicatæ;* Cass., 8 sept. 1837, Thayer, Dev., 1837, I, 980; Pothier, n° 894; Toullier, t. VI, n° 153; Duranton, t. XIII, n° 469; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 495; Larombière, t. V, art. 1351, n°s 44 et 52.)

315. — Telles sont les applications principales, que comporte l'autorité de la chose jugée, quant à cette première condition de l'*identité de la chose.*

Les motifs, sur lesquels nous avons fondé les solutions qui précèdent, suffisent, suivant nous, à les justifier.

C'est pourquoi nous avons cru devoir nous abstenir jusqu'à présent d'y mêler certaines formules métaphysiques, qui nous paraissent avoir contribué peut-être à obscurcir cette matière plutôt qu'à l'élucider.

Pourtant, comme leur rôle a été plus ou moins considérable dans ces controverses, il est nécessaire de le faire connaître.

Eh bien! donc, on a posé, dans notre matière, ces deux règles :

Pars est in toto ;

Totum non est in parte.

D'où la plupart des auteurs ont déduit ces deux conséquences :

1° Que l'on ne peut plus demander une partie, quand on a échoué sur la demande du tout;

2° Que l'on peut, au contraire, demander le tout, quand on a échoué sur la demande d'une partie.

Marcadé, toutefois, a dirigé contre cette explication l'une de ses plus vives sorties; et en reprochant « aux auteurs, qui la proposent, de reproduire servilement l'application mécanique d'axiomes de géométrie, que quelques jurisconsultes romains avaient imaginé de faire

à notre matière », il soutient que ce n'est pas dans ces deux règles, qu'il faut chercher le moyen de résoudre les difficultés, que peut offrir l'identité de l'objet demandé (art. 1351, nos III, V; *Revue de Législation*, 1848, t. III, p. 316 et suiv.)

« Quoi de plus sophistique et de plus faux, s'écrie-t-il, que de pareilles doctrines! Eh quoi! parce qu'il est jugé que je n'ai pas la propriété entière et exclusive de tel immeuble, il est jugé, par cela même, que je n'en suis pas propriétaire pour une fraction!..... parce qu'il est jugé que je ne suis pas votre créancier pour 20,000 fr., il est jugé aussi que je ne le suis pas pour 1,000 ou 1,200 fr...... »

Nous n'avons pas non plus de penchant pour les axiomes de géométrie appliqués à la science du Droit!

Mais pourtant, à notre avis, cette critique est excessive; et le regrettable auteur, en rejetant, d'une manière absolue, l'application de ces deux règles, nous paraît avoir été lui-même entraîné à des conséquences inadmissibles.

Peut-être pourrions-nous remarquer d'abord, pour la plus grande exactitude historique de cette exposition, que les règles, que nous venons de mettre en scène, n'appartiennent pas, en effet, toutes les deux aux jurisconsultes romains.

La première: *Pars in toto est*, est la seule, que nous trouvions au *Digeste*, dans les fragments d'Ulpien et de Gaius. (L. 7, *princip.*, ff. *de Except. rei judic.*; L. 113, ff. *de Regulis juris.*)

Quant à la seconde: *Totum non est in parte*, elle appartient aux anciens commentateurs, qui l'ont produite comme le corollaire de l'autre.

Quoi qu'il en soit, nous maintenons que la théorie de Marcadé, qui en repousse complétement l'application à notre matière, est trop absolue, et qu'elle l'a conduit à des solutions dont quelques-unes peuvent être exactes,

mais dont les autres sont, au contraire, suivant nous, très-inexactes.

Nous adhérons à sa solution, lorsqu'il enseigne que, après avoir échoué dans la demande de la propriété entière et exclusive d'un immeuble, je puis, sans craindre l'autorité de la chose jugée, demander une fraction indivise de cette propriété; c'est ce que nous avons déjà dit (*supra*, n° 313). Mais pourquoi? est-ce parce que la partie n'est pas dans le tout? certainement non! c'est parce qu'il n'y a, en réalité, dans cette espèce, ni partie ni tout; c'est parce qu'il y a deux droits distincts et indépendants l'un de l'autre!

Mais nous protestons, au contraire, lorsque Marcadé ajoute que, après avoir échoué dans la demande que je vous ai faite de 20,000 francs, je puis, sans craindre l'autorité de la chose jugée, vous demander ensuite 1,000 francs ou 1,200 francs, en vertu de la même cause. Nous avons déjà aussi, sur ce point, exprimé notre solution (*supra*, n° 304); et nous ne pouvons qu'y persister. Il n'y a, dans cette espèce, en effet, qu'un même objet dans les deux demandes; c'est bien *idem jus*, le droit intégral de créance, qui a fait l'objet des premières conclusions et du premier jugement. (Comp. Bonnier, n° 872; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p, 496.)

316. — Ce n'est pas que nous prétendions que l'application de ces deux axiomes à notre matière soit exempte de difficultés!

Et le second notamment : *Totum non est in parte*, a fort embarrassé les interprètes.

J'ai échoué dans la demande du champ A, l'une des dépendances du domaine Cornélien. — Je vous demande, par une seconde action, ce domaine entier et ses dépendances.

C'est l'hypothèse, que Toullier propose (t. V, n° 155).

Cette seconde action devra-t-elle être repoussée par l'autorité de la chose jugée, relativement au champ A?

Trois solutions ont été présentées :

I. — La première, qui est celle de notre auteur, répond négativement, *parce que, si la partie est contenue dans le tout, le tout n'est pas contenu dans la partie.*

II. — La seconde admet bien que celui, qui a échoué dans la demande d'une partie d'un tout, peut ensuite demander le tout, mais seulement déduction faite de la partie, qui a formé l'objet de sa première demande. (Comp. Proudhon, *de l'Usufruit*, t. III, n° 1272.)

III. — D'après la troisième enfin, la demande du tout doit être repoussée par l'autorité de la chose jugée sur la demande de l'une des parties de ce tout, lors même que déduction serait faite, dans la seconde demande, de la partie, qui a fait l'objet de la première; on invoque, en ce sens, la loi 3 au Digeste, *de Exceptione rei judicatæ*. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 464; Zachariæ, Aubry et Rau, qui, après avoir admis la seconde solution, ont finalement adopté la troisième, t. VI, p. 497; Marcadé, art. 1351, n°s 3-5.)

Laquelle de ces trois solutions est la meilleure?

Il nous paraît difficile de répondre, *à priori*, d'une manière absolue.

Notre avis est que c'est là surtout une question d'espèce, toute relative, comme la plupart de celles, qui s'élèvent dans cette matière.

Et, toutefois, nous ne croyons pas devoir proposer la première solution, d'après laquelle je pourrais, après avoir échoué dans la demande du champ A, demander ensuite le domaine tout entier, y compris ce champ. Il y aurait là, suivant nous, contrariété entre les deux décisions judiciaires. (Comp. *supra*, n° 303.)

Restent les deux autres solutions. Mais pour prononcer entre elles, il faut voir, en fait, quelles ont été les conclusions et quel est le dispositif.

De deux choses l'une :

Ou la chose jugée sur la première demande a statué

sur le droit tout entier; et alors, nous répondons : *Totum est in parte;* puisque la même décision, qui me refusait une partie, me refusait, en même temps, le tout;

Ou la décision judiciaire n'a statué que sur le droit partiel, qui faisait seul l'objet de la première contestation, sans statuer, explicitement ni implicitement, sur le droit total; et, dans ce cas, nous répondons : *Totum non est in parte.*

C'est à l'aide de cette distinction, que nous paraît devoir être résolue cette thèse de savoir si la chose jugée peut aller *du plus au moins*, ou *du moins au plus.* (Comp. Duvergier sur Toullier, t. V, n° 153, notes *a* et *b;* Bonnier, n° 872; Colmet de Santerre, t. V, n° 38 *bis* VIII).

317. — B. — La seconde condition, pour qu'il y ait autorité de chose jugée, c'est, avons-nous dit, que la cause de la demande soit la même (*supra*, n° 296).

L'identité d'objet ne saurait, en effet, produire l'identité de prétention entre la première demande et la seconde; il y faut, en outre, l'identité de cause; il est clair que je puis, sans aucune contradiction, demander successivement contre vous la même chose, en vertu de deux causes différentes : en vertu, par exemple, d'abord, d'une donation entre-vifs; et ensuite, en vertu d'un testament ou d'une vente.

Ce premier aperçu semble même très-simple; pourtant cette partie de notre sujet est certainement la plus ardue, et celle dans laquelle il est le plus malaisé de fonder, *à priori,* une théorie générale.

Nos anciens auteurs paraissent n'en avoir pas eu; Pothier, notamment, est très-bref en cet endroit (n°s 895-897).

Et les incertitudes n'étaient pas autrefois moins grandes dans la jurisprudence que dans la doctrine. (Comp. Montpellier, 15 févr. 1841, Vizern, Dev. 1841, II, 214.)

C'est que le mot : *cause,* est équivoque; il n'a pas ici, de tous points, la même signification, que nous lui avons

reconnue ailleurs (art. 1131 et suiv.); et c'est une tâche difficile que d'en déterminer le sens précis dans notre matière ; à ce point que notre très-regretté collègue, Bonnier, déclare qu'il évitera de l'employer ; et il se sert, en effet, d'un autre mot : LE TITRE *de la demande,* dit-il (nº 867).

Mais le mot : *cause* est celui de notre Code, qui l'a emprunté à l'ancienne jurisprudence ; et il nous paraît impossible de le supprimer.

318. — La difficulté consiste surtout à distinguer *la cause* d'avec *les moyens.*

Le législateur ne nous a pas fourni le *criterium,* à l'aide duquel il serait possible de les reconnaître ; et on dirait même parfois qu'il semble les confondre dans une commune appellation (comp. Code de Procédure, art. 61, 96, 353, 465, 480 6°, 504; et Code Napoléon, art. 1351) ;

Confusion, d'ailleurs, dont Pothier lui-même a donné l'exemple (comp. nos 895-896).

319. — Cette distinction entre la cause et les moyens n'en est pas moins capitale !

Et il ne sera pas inutile, avant d'entreprendre de l'exposer, d'indiquer les applications principales, qu'elle comporte.

Il y en a quatre que voici :

I. — La chose jugée sur une première demande ne fait pas obstacle à une seconde demande fondée sur une cause nouvelle et différente ;

Tandis qu'elle fait obstacle à une seconde demande, fondée sur la même cause, quoique sur des moyens nouveaux et différents.

Cette première application de la distinction est, à cette place surtout, la nôtre.

II. — Les juges ne peuvent pas suppléer d'office une cause de demande, que les parties n'ont pas présentée dans leurs conclusions;

Tandis qu'ils peuvent suppléer d'office les moyens

à l'appui de la cause, qui leur est soumise, quoiqu'ils ne soient pas présentés par les parties (comp. Cass., 13 déc. 1842, de Montfleury, Dev., 1843, I, 38);

A l'exception seulement de certains moyens, qu'il leur est interdit de suppléer, lorsque les parties ne les invoquent pas formellement ou même ne les invoquent pas dès le début de la procédure. (Comp. art. 2223 Code Napoléon; art. 166 et suiv. Code de Procéd.)

III. — On ne peut pas produire, en appel, une nouvelle cause de demande;

Tandis qu'on peut présenter de nouveaux moyens (art. 464 Code de Procéd.).

IV. — *La pluralité des voix*, qui, d'après l'article 116 du Code de Procédure, fait le jugement, se forme sur la cause de la demande, et non sur les moyens. Nous croyons qu'il en doit être, et qu'il en est ainsi, et que les juges, en effet, opinent, non sur les moyens, mais sur la cause de la demande. (Comp. *infra*, n° 332.)

Eh bien! donc, où est la cause?

Où sont les moyens?

A quels signes est-il possible de les reconnaître et de les distinguer?

329. — En thèse générale, la cause, c'est le fait juridique, qui engendre le droit, que nous pouvons avoir à une chose.... *ad rem*, ou sur une chose.... *in re*.

A ce point de vue, nous pouvons dire avec Ulpien :

« *Eamdem causam facit etiam origo petitionis....* » (L. 4, ff. *De Except. rei judic.*)

La cause, ainsi définie, ne doit pas être confondue avec la chose, qui fait l'objet du droit, ni avec le droit lui-même, ni avec l'émolument, qu'il peut produire.

Je forme, contre Paul, une demande en payement d'une somme de 20,000 fr., dont je prétends être créancier, contre lui, pour prêt.

Quelle est la chose, qui fait l'objet de cette demande? C'est la somme de 20,000 fr.

Et le droit sur lequel elle est fondée?

C'est la créance, en vertu de laquelle je prétends que Paul est mon débiteur personnel.

Et la cause?

Elle est toute trouvée par notre analyse; la cause, c'est le prêt, que je prétends lui avoir fait; c'est l'acte juridique, d'où ma créance est issue.

Mais je succombe dans cette demande.

Puis-je ensuite former, contre Paul, une nouvelle demande de 20,000 fr. dont je prétends être créancier contre lui, pour prix de vente?

Assurément oui!

Dans les deux demandes pourtant, c'était le même droit, un droit de créance.

Il est vrai! mais la cause de ce droit était différente: dans la première, un prêt; et dans la seconde, une vente.

Or, quelle contradiction peut-il y avoir entre un premier jugement, qui décide que je ne suis pas créancier de 20,000 fr. contre Paul pour cause de prêt, et un second jugement, qui décide que je suis, contre lui, créancier de 20,000 fr. pour cause de vente?

Pareillement, je revendique, contre Paul, le fonds A, dont je prétends que la propriété m'appartient en vertu d'un testament, qui a été fait à mon profit.

Quelle est la chose, qui fait l'objet de ma demande?

Le fonds A.

Et le droit, sur lequel elle est fondée?

La propriété.

Et la cause?

Le testament, que j'invoque, d'où procède le fait générateur de mon droit de propriété: *radix et fondamentum juris*. (Comp. notre *Traité des Servitudes*, t. II, n° 729.)

Et, par conséquent, la chose jugée, qui m'aurait débouté de ma demande en revendication du fonds A en vertu de ce testament, ne ferait pas obstacle à une se-

conde demande en revendication de ce même fonds A, que je formerais en vertu d'une donation entre-vifs.

321. — Cette définition de la cause est générale.

Elle ne comporte aucune distinction :

a. Ni entre les actions personnelles et les actions réelles ;

b. Ni entre les causes anciennes, c'est-à-dire qui existaient déjà lors de la première demande, et qui n'ont pas été invoquées; et les causes nouvelles, qui ne sont nées que depuis la décision judiciaire, qui a prononcé sur la première demande ;

c. Ni entre le demandeur et le défendeur.

322. — *a.* — Il n'y a pas, disons-nous d'abord, à distinguer entre la demande, qui est fondée sur un droit personnel, et la demande, qui est fondée sur un droit réel.

C'est ce qui résulte de la notion première, que nous avons fournie de la cause, en disant qu'elle consiste dans le fait juridique, qui engendre le droit, que nous pouvons avoir à une chose ou sur une chose. (*Supra*, n° 320.)

De même donc qu'après avoir échoué dans une demande en payement d'une somme de 20,000 fr. que j'avais formée, contre vous, pour cause de prêt, je puis, sans craindre l'autorité de la chose jugée, former ensuite, contre vous, une demande en payement de 20,000 fr. pour cause de vente.

De même, après avoir échoué dans la revendication du fonds A, que j'avais formée, contre vous, en invoquant un testament, par lequel je prétendais en être légataire, je puis, sans craindre l'autorité de la chose jugée, former, contre vous, la revendication de ce même fonds A, en invoquant un autre testament ou un contrat de vente, par lequel je prétends en avoir acquis la propriété. (Comp. Montpellier, 15 févr. 1841, Vizern, Dev., 1841, II, 213; Cass., 3 mai 1841, Dugarrier, Dev., 1841, I, 720; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 503.)

323. — Cette doctrine pourtant a été contestée.

Les anciens interprètes du Droit romain avaient conclu d'un fragment de Paul que les actions réelles, à la différence des actions personnelles, n'étaient pas susceptibles d'être formées en vertu d'une cause déterminée, et que, en conséquence, l'action réelle, une fois formée, comprenait nécessairement toutes les causes, sur lesquelles le droit réclamé pouvait être fondé.

Le jurisconsulte romain s'exprimait ainsi :

« *Actiones in personam ab actionibus in rem in hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur ; at, cum in rem ago non expressâ causâ, ex quâ rem meam esse dico, omnes causæ una petitione adprehenduntur ; neque enim amplius quam semel res mea esse potest; sæpius autem deberi potest.* » (L. 14, § 2, ff. *de Except. rei judic.*)

Mais il est clair que cette citation, sur laquelle la distinction était appuyée, en est, au contraire, elle-même la réfutation !

Dans quel cas, en effet, l'action réelle avait-elle pour effet de déduire en justice toutes les causes, sur lesquelles le droit revendiqué pouvait reposer ?

C'était dans le cas, où le demandeur l'avait formée *non expressâ causâ*, et avait ainsi lui-même compris tous ses titres dans sa demande. Nous convenons que ce cas, en effet, pouvait souvent se présenter dans le système de la procédure romaine, dont la formule pour les actions réelles était conçue dans les termes les plus compréhensifs : « ....*si paret hanc rem ex jure Quiritium Auli Agerii esse....* »

Mais il n'en est pas moins vrai que l'action réelle ne comprenait pas toutes les causes génératrices du droit réclamé, lorsqu'elle avait été formée, au contraire.... *expressâ causâ*.... ou, comme dit Paul encore, ... *adjectâ causâ*. (L. 11, § 2, h. t.)

Et c'est ce qui résulte aussi finalement du passage même de Pothier, qui paraîtrait d'abord, à première vue, enseigner la distinction (nos 895-896).

Cette *adjectio causæ* devait-elle être placée dans l'*intentio?*

Fallait-il, au contraire, la mettre dans une *præscriptio* à part?

C'est une question qu'il serait ici hors de propos d'examiner. (Comp. Gaius *Comm.* IV, §§ 41, 135 et suiv.)

Ce qu'il nous suffit de constater, c'est que, même en Droit romain, l'action réelle n'avait point nécessairement pour résultat de déduire en justice toutes les causes du droit revendiqué.

324. — Quoi qu'il en soit, cette prétendue différence entre les actions personnelles et les actions réelles serait évidemment inadmissible dans notre Droit nouveau :

1° Le texte de l'article 1351 est, en effet, général; il s'applique, sans aucune distinction entre les unes et les autres;

D'où il suit que l'identité de cause, qu'il exige, dans une seule et même formule, ne saurait être entendue d'une manière différente pour les actions personnelles et pour les actions réelles;

2° En quoi notre texte est très-conforme aux principes.

La cause, avons-nous dit, et nous espérons l'avoir démontré, c'est le fait juridique, qui a engendré le droit réclamé.

Est-ce la créance elle-même dans les actions personnelles?

Non pas!

C'est le fait juridique, d'où la créance procède, le prêt, la vente, etc.

Pourquoi donc le droit réel, propriété, servitude, hypothèque, serait-il la cause dans les actions réelles?

Une telle différence serait certainement illogique et inconséquente!

La cause donc, dans les actions réelles aussi, c'est le fait juridique, d'où le droit réclamé procède, le testament, la donation, la vente, etc.

L'ancienne doctrine confondait, dans les actions réelles, la cause du droit avec le droit.

On se récrie qu'une chose, qui m'appartient en vertu d'une cause, *semel*, ne peut pas m'appartenir davantage, *amplius*, en vertu d'une cause nouvelle.... *causa dominii multiplicari non potest*.

Cela est vrai sans doute en un certain sens, puisque le droit réel, étant absolu et exclusif, ne peut pas être, en effet, augmenté, une fois qu'il existe.

Mais la conséquence, que l'ancienne doctrine voulait en tirer, n'était nullement exacte, à savoir : que celui qui exerce une action réelle, doit nécessairement déduire en justice, en même temps, toutes les causes, qui servent de base à son droit !

3° Où donc est le texte, qui oblige le demandeur, dans les actions réelles, à déduire, simultanément et cumulativement, en justice toutes les causes, sur lesquelles peut être fondé le droit réel, qu'il réclame ?

Il n'y en a pas.

C'est que, en effet, le demandeur peut les ignorer; il peut aussi vouloir se les réserver. Qui sait même s'il ne se trompe pas sur la valeur respective des unes et des autres !

Et ne serait-il pas excessif et très-dur de lui infliger une déchéance, qu'aucune loi d'ailleurs n'a prononcée !

4° Oh ! sans doute, si le demandeur a formé, en effet, son action réelle *non expressâ causâ*, on pourra dire, comme en Droit romain, qu'il a déduit en justice toutes les causes indistinctement sur lesquelles elle était fondée, et que le juge, qui, sur une pareille action, *absout le défendeur, nie tout droit ayant la nature, l'objet, le sujet indiqué, et une cause quelconque*. (Griolet, p. 133-134.)

Mais il sera très-rare, avec nos formes françaises,

qu'une action réelle soit formée dans ces termes généraux; car l'article 61 du Code de Procédure exige que l'exploit d'ajournement contienne *l'exposé sommaire des moyens*.

D'où il résulte que, régulièrement, la cause de la demande, en toute matière, soit réelle, soit personnelle, se trouve déterminée dès le début de la procédure.

Veut-on supposer même que *les moyens* n'aient pas été indiqués dans l'exploit d'ajournement?

De deux choses l'une :

Ou la nullité en aura été proposée *in limine litis;* et alors, il n'y aura pas de procès, pas de chose jugée;

Ou la nullité, n'ayant pas été proposée, se trouvera couverte; et alors, la détermination d'une cause spéciale résultera nécessairement toujours de la comparaison des conclusions avec le jugement, qui aura statué sur la demande.

Et cela suffira!

En effet (dit justement Bonnier), l'opinion, qui voudrait faire considérer la partie comme déchue de tout droit à la propriété, à quelque titre que ce fût, parce qu'elle se serait dite propriétaire, sans énoncer, dès l'abord, le titre spécial, qu'elle devait faire valoir, serait rejetée aujourd'hui comme une subtilité (n° 874).

325. — *b.* — De ce qui précède, il résulte qu'il n'y a pas non plus à distinguer entre les causes de demande, qui existaient déjà lors de la première contestation, et les causes de demande, qui ne sont nées que depuis (*supra*, n° 321).

Que celles-ci puissent être formées, sans que la chose jugée sur la première contestation s'y oppose, cela est d'évidence! c'est la *causa superveniens*, comme ont dit les interprètes, sur laquelle la chose jugée n'a pas, bien entendu, statué, puisque cette cause, survenue postérieurement, n'existait pas. C'est d'ailleurs un principe certain que le juge ne peut statuer que sur l'état de

choses présent. (Comp. l. 11, § 14, ff. *de Except. rei judic.*)

Bien plus encore! disons-nous, la chose jugée sur une première demande, fondée sur une cause déterminée, ne fait pas obstacle à une seconde demande, fondée sur une autre cause, lors même que cette cause existait aussi déjà, quand la première demande a été formée.

J'ai revendiqué la succession de Paul, en me prétendant son héritier ab intestat ; et j'ai succombé.

Puis-je maintenant revendiquer cette même succession, en me prétendant son légataire universel?

Certainement oui, suivant nous.

De même que si j'avais succombé, dans ma première revendication de cette succession, en produisant un testament, je pourrais la revendiquer une seconde fois, en produisant un autre testament, soit postérieur, soit antérieur à celui, dont je m'étais d'abord prévalu.

C'est qu'en effet, ce n'est pas la même question, *eadem quæstio*, disait Paul, qui se présente dans ces deux espèces.

Quand on a jugé que je n'étais pas héritier légitime, est-ce que l'on a jugé que je n'étais pas légataire universel ?

Apparemment non !

Car il n'y a de jugé, que ce qui a fait l'objet des conclusions, du débat, et du dispositif de la décision.

Or, la cause résultant du testament, que j'invoque maintenant, n'a fait, lors de la première contestation, l'objet ni de mes conclusions, ni du débat judiciaire, ni du dispositif du jugement. (Comp. Montpellier, 15 févr. 1841, Visern, Dev., 1841, II, 213; Cass., 3 mai 1841, Dugarric, Dev., 1841, 1, 720; Cass., 3 févr. 1875, de Bauffremont, D., 1876, I, 465; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 503; et les *Observations* de M. Griolet, sur l'arrêt de 1875, D., 1876, *loc. cit.*)

326. — *c.* — Enfin, avons-nous dit, il n'y a pas da-

vantage à distinguer entre le demandeur et le défendeur (*supra*, n° 321).

L'application de cette règle est incontestable pour le demandeur; c'est lui, en effet, qui choisit le terrain de la lutte; il peut, comme il lui convient, le délimiter et le circonscrire. (Art. 61 du Code de Procéd.)

Mais, par cela même, on pourrait douter qu'il en soit ainsi pour le défendeur; aussi, en ce qui le concerne, l'application de notre règle a-t-elle été contestée.

N'est-il pas, en effet, dit-on, lui! provoqué et mis en demeure de se défendre par toutes les causes, qui peuvent le faire réussir; et ne doit-il pas, en conséquence, les mettre au procès et les y engager toutes!

Mais cette objection, si spécieuse qu'elle puisse paraître, ne nous paraît pas décisive :

1° Et d'abord, le texte même de l'article 1351 y résiste.

Cet article, qui exige l'identité de cause entre la première et la seconde contestation, pour qu'il y ait autorité de chose jugée, ne fait aucune distinction entre la demande et l'exception, entre le demandeur et le défendeur.

Donc, il est, dans la généralité de ses termes, applicable également à l'un et à l'autre.

2° C'est que, en effet, le même motif de logique et d'équité milite également, en ce sens, pour l'un et pour l'autre.

Vous m'actionnez en partage d'une chose, que vous prétendez indivise entre vous et moi.

Je vous oppose la prescription acquisitive, en vertu de laquelle j'en serais devenu propriétaire exclusif; et je succombe.

Nouvelle demande en partage formée par vous.

Et alors je vous oppose un titre d'acquisition, par lequel je prétends être devenu propriétaire exclusif de l'objet litigieux.

Pourquoi donc la chose jugée sur ma première excep-

tion, fondée sur la prescription, ferait-elle obstacle à ma seconde exception fondée sur un autre titre d'acquisition ?

Ce n'est pas non plus *eadem quæstio !*

Cette cause nouvelle n'a fait, lors de notre première contestation, l'objet ni des conclusions, ni du débat, ni du dispositif du jugement.

Donc, il n'y a pas, en ce qui la concerne, chose jugée.

Il fallait la proposer !

Quel texte m'y obligeait? et ne pouvais-je pas, moi défendeur, aussi bien que vous, demandeur, n'engager, dans le premier litige, que l'une des causes, sur lesquelles mon droit était fondé ! (Comp. Cass., 6 déc. 1837, de Lamberterye, Dev., 1838, I, 33 ; Cass., 14 nov. 1866, Falconnet, Dev., 1067, I, 133.)

327. — La cause, ainsi définie : comme fondement du fait véridique, en vertu duquel la demande ou l'exception est formée, doit être distinguée soigneusement :

Soit des moyens, qui peuvent, avec elle, concourir à la constituer ;

Soit des arguments de fait ou de droit, qui peuvent être mis à son service ;

Soit des modes de preuve, par lesquels on peut entreprendre de la démontrer.

La diversité des moyens, des arguments, ou des modes de preuve, ne saurait, en effet, engendrer une différence de cause !

« .... *Nec jam interest*, disait Nératius, *quâ* RATIONE *quis eam* CAUSAM ACTIONIS *competere sibi existimasset, perinde ac si, postea quam contra eum judicatum esset, nova instrumenta causæ suæ reperiisset.* » (L. 27 ff. *de Except. rei judic.*)

328. — Et d'abord, que la différence dans les modes de preuve ne puisse pas produire une différence de cause, cela est d'évidence !

Vous avez, une première fois, demandé, contre moi,

le payement d'une créance de 20,000 francs, pour cause d'un prêt, que vous prétendiez m'avoir fait.

Et vous en avez offert la preuve par témoins.

Mais vous avez échoué : soit en droit, parce que la preuve testimoniale a été déclarée non recevable ; soit en fait, parce qu'elle n'a pas été fournie.

Vous revenez, une seconde fois, me demander le payement de cette même somme de 20,000 francs, pour cette même cause du prêt, que vous m'auriez fait.

Et vous offrez maintenant une preuve littérale.

C'est toujours évidemment la même cause, la même question.

Il est donc trop tard !

De même qu'il serait trop tard, en sens inverse, après avoir succombé sur une preuve littérale, de venir offrir une preuve testimoniale. (Comp. art. 480 Code de Procéd.; Colmet de Santerre, t. V, n° 328 *bis*, X.)

329. — A plus forte raison, les arguments, les dilemmes, les syllogismes, ou autres, par lesquels on peut entreprendre de démontrer le bien fondé de la demande ou de l'exception, en droit ou en fait, n'ont-ils pas le caractère d'une cause nouvelle.

J'ai négligé d'invoquer, lors de ma première demande, dans laquelle j'ai succombé, un texte de loi, qui m'aurait fait réussir.

Ou bien un argument, qui, présenté avec vigueur, aurait été décisif, n'a pas été produit, ou ne l'a été qu'imparfaitement.

Il est trop tard !

Les procès n'auraient pas de terme, s'il était permis de les recommencer pour de telles omissions.

Le juge, d'ailleurs, ne statue pas directement sur les moyens.

Il ne statue que sur la cause ! (Comp. Aubry et Rau, t. VI, p. 498; Griolet, p. 106 ; Cass., 10 janv. 1877, Courtois, D., 1877, I, 159.)

330. — Mais aussi, lorsqu'il s'agit d'une cause nouvelle et différente de la cause sur laquelle était fondée la première demande, la chose jugée ne fait point obstacle à ce qu'une seconde demande soit formée, relativement, bien entendu, au même objet, et entre les mêmes parties.

Quand est-ce que la seconde demande sera fondée sur une cause nouvelle et différente de la cause sur laquelle la première demande était fondée?

Tel est le problème à résoudre.

La solution en est, avons-nous dit, fort difficile.

Et c'est surtout en ce qui concerne les actions en nullité ou en rescision des conventions ou des autres actes juridiques, que la controverse la plus sérieuse s'est élevée.

Ces sortes d'actions ont, en effet, souvent des causes multiples; et notre thèse consiste à savoir si, lorsque l'une de ces causes seulement a été déduite en justice, les autres demeurent, par cela même, réservées, ou si la *deductio in judicium* de l'une d'elles entraîne nécessairement aussi celle des autres. « .... *an omnes causæ unâ petitione adprehendantur* » (Paul, L. 14, § 2, ff. *de Except. rei judic.*)

Ce qui fait principalement la difficulté, dans cette question, comme dans toutes celles d'ailleurs, que ce grave sujet soulève, c'est que l'on se trouve alors dans cette alternative :

Soit d'ébranler l'autorité de la chose jugée et d'ouvrir aux procès une carrière sans limites;

Soit d'éteindre, et, en quelque sorte, d'étouffer des causes de demande, qui n'ont pas été produites, et de les juger sans les avoir entendues!

Aussi, trois systèmes ont-ils été présentés.

Nous allons les apprécier successivement.

331. — *a.* — Voici d'abord le premier, celui, qui est généralement admis dans l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine.

Prenons l'exemple des vices, qui peuvent entacher le consentement.

Vous avez demandé la nullité, pour cause de dol, d'une convention, que vous avez passée avec Pierre.

Et vous avez succombé.

Pouvez-vous ensuite, sans que l'autorité de la chose jugée vous soit opposable, demander la nullité de cette convention pour cause d'erreur, ou pour cause de violence?

Non! il y a chose jugée sur tous les vices du consentement, que vous auriez pu invoquer lors de votre première demande.

Tel est le système, dont Toullier paraît avoir été le promoteur, que Marcadé a ensuite vivement soutenu, et qui semble régner définitivement aujourd'hui :

1° La cause, en cette matière, dit-on, c'est le fait juridique, qui forme *le fondement direct et immédiat* du droit ou du bénéfice légal, que l'une des parties fait valoir par voie d'action ou d'exception; telle est l'idée que Nératius exprime dans la loi 27 au Digeste, *de exceptione rei judicatæ,* lorsqu'il exige l'identité de la *causa proxima actionis.*

Il ne faut pas confondre, avec la cause, ainsi définie, les circonstances ou les moyens qui peuvent concourir à la constituer ou à en justifier l'existence; ces divers éléments ne sont que des moyens; ou, si on veut en faire des causes, ce ne sont que des causes médiates et éloignées; d'où le nom qui leur a été donné de CAUSÆ REMOTÆ, *les causes de la cause,* dit Marcadé.

Vous avez demandé la nullité d'une convention, pour cause de dol.

Quel était l'objet de votre demande; quelle était la chose demandée?

C'était la nullité de la convention.

Et sa cause?

C'était le vice du consentement, que vous y avez donné;

voilà ce que vous alléguiez, et ce qui était, en effet, la *causa proxima* de votre action.

Or, le dol, l'erreur, la violence, formaient également ensemble les causes, que vous pouviez et que vous deviez proposer à l'appui de cette demande; causes éloignées, dont ni l'une ni l'autre, isolément et séparément considérée, ne formait une cause spéciale et distincte de la cause générale et unique, sur laquelle votre demande était fondée directement et immédiatement, à savoir : le vice de votre consentement;

Donc, après que votre demande en nullité, pour cause de dol, a été rejetée, vous ne pouvez plus demander la nullité de cette même convention pour cause d'erreur ou pour cause de violence.

2° Il faut appliquer la même doctrine aux autres causes, en vertu desquelles une demande en nullité peut être formée : pour cause d'incapacité, par exemple, ou pour vice de forme.

Sophie a demandé la nullité d'une convention, qu'elle a passée avec Paul, prétendant qu'elle était alors mineure.

Et elle a succombé.

Elle voudrait ensuite reproduire sa demande en nullité, en prétendant qu'elle était alors interdite, ou que, mariée, elle n'a pas été autorisée par son mari ni par justice.

La chose jugée, sur sa première demande, fera obstacle à la seconde.

Pourquoi?

Parce que la *causa proxima* de l'une et de l'autre est la même; à savoir : son *incapacité de contracter*.

La minorité, l'interdiction, l'état de femme mariée, n'étaient ensemble que des moyens, *causæ remotæ* de la première demande.

Et, pareillement, après avoir succombé dans la demande en nullité d'un acte pour un certain vice de forme,

vous serez repoussé par l'autorité de la chose jugée, si vous venez une seconde fois demander la nullité de cet acte pour un autre vice de forme, dont vous ne vous étiez pas prévalu dans la première instance.

3° C'est-à-dire que, pour chacune de ces causes directes et immédiates, *causa proxima* : vices du consentement; — incapacité; — vices de forme, — il faut réunir ensemble dans une seule catégorie, et comme on a dit, dans un seul groupe, tous les moyens, *causæ remotæ*, à l'aide desquels la cause directe et immédiate peut être prouvée, parce qu'ils concourent tous également à la faire réussir.

Et comme leur but est commun; comme l'erreur, par exemple, aussi bien que le dol et la violence, et réciproquement, tendent à faire rescinder la convention pour vice du consentement, la partie, qui demande la nullité pour l'un de ces vices, est censée déduire en justice les autres vices de la même catégorie, qui tendent, avec le même caractère que celui, qu'elle invoque, à faire annuler la convention pour le vice de son consentement.

Vous pourrez, sans doute, après avoir succombé dans une première demande en nullité pour cause de dol, demander la nullité pour cause d'incapacité; ou, après avoir succombé dans une demande en nullité pour cause d'incapacité, demander la nullité pour vice de forme; parce que la cause de ces demandes successives sera déduite de catégories différentes.

Mais ce que vous ne pourrez pas, c'est, après avoir succombé dans une demande en nullité pour cause de dol, demander la nullité pour cause de violence, parce que ce moyen appartient à la même catégorie, que le moyen invoqué par vous dans votre première demande, et qu'il se trouve épuisé par cette première demande et par le jugement, qui y a statué.

4° Enfin, on ajoute qu'il faut qu'il en soit ainsi, sous

peine d'anéantir complétement le respect dû à l'autorité de la chose jugée.

Comment! il serait possible de recommencer le même procès, sur la même convention, pour chacun des différents vices, plus ou moins multiples, dont cette convention peut être entachée!

Une telle doctrine serait *une véritable calamité!* (Comp. Colmar, 17 juill. 1816, Sirey, 1817, II, 409; Cass., 3 févr. 1818, Sirey, 1819, I, 160; Cass., 9 mars 1846, Muel, Dev., 1846, I, 451; Cass., 19 janv. 1864, Beyssac, Dev., 1864, I, 221; Cass., 10 déc. 1866, D., 1867, I, 498; Pau, 21 avril 1868, Sénac, Dev., 1869, I, 403; Cass., 13 avril 1869, *h. l.*; Toullier, t. V, n° 166; Marcadé, art. 1351, n°s 6-9; et *Revue de Législation*, 1848, t. III, p. 316 et suiv.; Taulier, t. IV, p. 555; Larombière, t. V, art. 1351, n°s 81 à 83.)

332. — *b.* — Le second système, au contraire, rejette cette distinction entre la *causa proxima* et les *causæ remotæ*.

Et il trouve autant de causes séparées et distinctes qu'il peut y avoir de vices distincts et séparés, soit dans le consentement; — soit dans la capacité des parties; — soit dans les formes de l'acte.

On ne saurait méconnaître la gravité des arguments, qui peuvent être mis à son service :

1° Et d'abord, est-il exact que le premier système puisse se fonder sur la doctrine romaine?

Toullier l'a prétendu; et il a, en effet, donné pour base à sa théorie, le fragment, que nous avons cité plus haut, de Neratius, dans la loi 27 au Digeste, *De Exceptione rei judicatæ*.

Mais, dit notre savant collègue, Bonnier, c'est là « une interprétation vraiment insoutenable, soit quant au sens littéral, soit quant à l'esprit de la législation romaine » (n° 876).

Ce serait, de notre part, un hors-d'œuvre que d'en

discuter ici le mérite; et nous ne pouvons que nous référer aux arguments, par lesquels M. Griolet a, suivant nous, démontré que Toullier s'est mépris sur le véritable sens de ces mots : *causa proxima actionis;* lesquels signifient, dans la pensée du jurisconsulte romain, le droit même dont on exerce l'action, *id ipsum quod agitur*, qui est bien, en effet, la *causa* de l'action, mais que précisément il distingue des moyens de preuve, *instrumenta causæ.* (P. 110; comp. *supra*, n° 327.)

2° Quoi qu'il en soit, c'est au point de vue scientifique, d'après les principes de notre Droit français, que cette thèse doit être appréciée.

Or, sur ce terrain, nous croyons que le premier système est exposé à de rudes assauts!

J'ai échoué dans la demande en nullité, pour cause de dol, d'une convention, que j'ai consentie.

Et je forme maintenant une demande en nullité de cette convention, pour cause de violence ou d'erreur.

Vous n'y êtes pas recevable, me dit-on.

Mais comment donc!

La cause de ma première demande, ce n'était pas, comme on le prétend, dans le premier système, *la nullité de mon consentement,* en termes vagues et indéterminés; c'était la nullité de mon consentement pour cause de dol, *expressâ causâ*, pourrions-nous dire ici comme dans le cas des actions réelles (*supra*, n° 323).

Tel était le fait juridique, d'où je déduisais la *cause* de ma demande; cause définie, limitée;

Or, j'invoque aujourd'hui une autre cause, une cause nouvelle, également définie et limitée; soit l'erreur, soit la violence;

Donc, ma nouvelle demande est fondée sur une cause nouvelle.

3° Cette prétendue cause nouvelle n'était, dit-on encore. qu'un *moyen*, que j'aurais pu et dû faire valoir à l'appui de la première demande.

Laissons de côté cette terminologie, arbitraire et d'invention moderne, des *causæ proximæ* et des *causæ remotæ*, dont on chercherait vainement la trace dans le Droit romain.

Et allons au fond des choses.

Comment est-il possible de présenter le vice de violence comme un moyen à l'appui du vice de dol ou du vice d'erreur!

Le moyen, c'est l'*instrumentum causæ*, suivant la juste définition de Neratius lui-même; c'est l'élément, de fait ou de droit, qui tend à constituer la cause ou à en démontrer l'existence.

Or, apparemment, ce n'est pas en entreprenant de prouver le vice de violence, que vous parviendrez à prouver le vice de dol ou d'erreur!

4° On prétend que, lorsque je demande la nullité d'une convention pour cause de dol, je la demande, en même temps, pour cause d'erreur et pour cause de violence!

Si j'ai succombé sur cette demande en nullité pour cause de dol, il y aura, dit-on, en même temps, chose jugée sur les vices d'erreur ou de violence, qui auraient pu entacher mon consentement.

Mais voici nos deux objections :

D'une part, il ne peut y avoir chose jugée que sur les causes, qui ont été soumises aux juges par les parties, dans leurs conclusions; — qui ont été, par suite, l'obje de l'instruction et des débats; — et sur lesquelles la décision judiciaire a statué;

Or, quand j'ai demandé la nullité d'une convention pour cause de dol, ni l'erreur, ni la violence, n'ont été soumises au juge dans mes conclusions; — elles n'ont pas été l'objet de l'instruction et des débats; — et la décision judiciaire n'y a pas statué.

Eh! vraiment, est-ce qu'elle aurait pu statuer sur ces causes!

Quel ne serait pas l'étonnement des parties et leur

très-légitime déception, si, lorsque la contestation judiciaire n'a porté, dès son début jusqu'à son dénoûment, que sur une demande en nullité de la convention pour cause de dol, les juges venaient rendre une décision, qui l'annulerait pour cause de violence ou d'erreur!

D'autre part, comment donc les juges opineraient-ils sur une demande pareille?

Opineraient-ils seulement sur le vice de dol, c'est-à-dire sur la cause définie et limitée de nullité, qui fait la base de la demande?

Ou bien opineraient-ils sur les trois vices, qui peuvent entacher le consentement; non-seulement le dol, mais aussi l'erreur et la violence?

La différence, dans le résultat du vote, pourrait être très-grande!

Supposons trois juges.

Le tribunal vote seulement sur le vice de dol, qui est seulement le vice, sur lequel la demande est fondée.

Deux juges sont d'avis que le dol allégué par le demandeur, n'a pas été commis par le défendeur ou par son auteur;

Et alors la demande en nullité est rejetée.

Mais, au contraire, le tribunal vote successivement sur les trois vices.

Et voici ce qui arrive :

L'un des juges répond : *oui*, pour le dol; mais *non*, pour l'erreur et pour la violence.

Le second répond : *oui*, pour l'erreur; mais *non*, pour le dol et pour la violence.

Le troisième répond : *oui*, pour la violence; mais *non*, pour le dol et pour l'erreur.

Quel est alors le résultat?

C'est que la demande en nullité est admise; car il y a *trois voix*, c'est-à-dire, l'unanimité, ponr l'admettre.

Il est vrai!

Mais la belle unanimité vraiment, dans laquelle, sur

chacun de ces votes successifs, les trois juges se trouvent être toujours deux contre un!

C'est bien là ce qui pourrait s'appeler, suivant l'expression de Montesquieu, *juger à la mineure!*

Sur les trois, en effet, il n'y en a jamais qu'un, qui soit d'avis d'admettre la nullité : — celui-ci, pour dol; — celui-là, pour erreur; — le dernier, pour violence.

De sorte que, finalement, le résultat de chacun de ces votes analysés aboutit au rejet de la demande, si vous les prenez un à un;

Tandis que le résultat aboutit à l'admission de cette demande, si vous les prenez en bloc.

Eh bien! voilà, suivant nous, ce qui prouve que les différents vices du consentement ne sont pas réciproquement des moyens l'un de l'autre, et que chacun d'eux forme, au contraire, une cause distincte; car la différence, la contrariété même des votes, sur les différents moyens, ne saurait avoir pour résultat de changer finalement, au fond, la décision judiciaire. (Comp. *supra*, nº 319.)

5º Quelle sera d'ailleurs la règle, qui présidera à la formation de ces groupes, dans lesquels le système, que nous exposons, classe les vices, qui peuvent donner ouverture à l'action en nullité?

Ce système n'en indique aucune; et la vérité est que cette classification serait pleine d'incertitude et d'arbitraire.

Dans quelle catégorie, par exemple, placera-t-on l'incapacité d'un témoin instrumentaire?

C'est un vice de forme, dit Marcadé (*supra, loc. cit.*).

Tandis que la Cour de cassation, au contraire, la fait rentrer dans une catégorie à part! (1er juin 1814, D., *Rec. alph.*, vº *Chose jugée*, nºs 198-199; comp. aussi Cass. 6 juin 1826; et 13 avril 1869, Sénac, Dev., 1869, I, 403.)

Or, comme la formation des groupes est précisément la base fondamentale de ce système, il est permis de

dire qu'il chancelle sur sa base même, et qu'il ne repose sur aucun principe.

6° Reste en sa faveur l'argument, qui consiste à invoquer l'*intérêt général*, devant lequel *intérêt privé* doit s'incliner, et la nécessité de mettre un terme aux procès, qui viendraient incessamment reproduire des questions jugées par des décisions irrévocables.

A quoi, M. Laurent réplique avec raison, sans doute, que les juges n'ont pas, dans le silence de la loi, le pouvoir de sacrifier les droits des individus à l'intérêt général (t. XX, n° 73).

333. — *c*. — Voici enfin le troisième système, qui enseigne que la cause, la seule cause de la demande en nullité d'une convention ou de tout autre acte juridique, consiste dans cette nullité elle-même, et qui considère comme des moyens tous les vices quelconques, dans quelque catégorie qu'on les place, qui peuvent être invoqués à l'appui de la demande en nullité.

Vous demandez, contre Paul, la nullité, pour cause de dol, de la vente d'un immeuble, que vous lui avez faite.

Ou vous demandez, contre lui, la nullité, pour vice de forme, d'un testament, par lequel votre auteur l'a institué son légataire universel.

Eh bien! si vous succombez dans cette demande en nullité, soit de la convention, soit du testament, et que le juge décide que la convention ou le testament est valable, il y a chose jugée sur tous les points!

Et vous ne pouvez plus, désormais, attaquer cette même vente ou ce même testament, pour aucun vice, quel qu'il soit, ni de forme, ni d'incapacité, ni autre.

Ce système argumente ainsi :

1° Quel est, dans ces sortes d'affaires, l'*objet* de la demande? — et quelle en est la cause?

« L'objet de la demande, dit Marcadé, c'est la *nullité* de la convention. » (*Revue de Législat.*, 1848, t. III, p. 325.)

Mais vraiment non ! lui répondent les partisans de ce système.

L'objet de la demande, c'est l'*immeuble*, si j'attaque la vente ; c'est l'*hérédité ab intestat*, si j'attaque le testament.

Évidemment ! car c'est bien là l'objet, la chose que ma demande tend à me faire obtenir.

Et sa cause ?

C'est précisément, tout au contraire, la *nullité*, en vertu de laquelle je prétends l'obtenir, c'est-à-dire le fait juridique, d'où procède le droit que je réclame à cette chose ou sur cette chose.

De sorte que la *cause* de la demande, c'est finalement ce droit lui-même, sur lequel le juge est appelé à statuer une fois pour toutes.

C'est-à-dire que les différents vices, sur lesquels la demande en nullité peut s'appuyer, ont ainsi le caractère de moyens : vices de consentement ; — vices de formes ; — incapacité ; — défaut de cause.

Et, par conséquent, il faut que *je présente ma demande en nullité sous toutes ses faces*, dit Bonnier (n° 876).

A quoi, M. Griolet ajoute :

« Ce n'est pas la valeur de ces différents moyens, que le Tribunal juge ; c'est l'existence même du droit.

« Si donc le Tribunal rejette l'action en nullité, il affirme le droit contesté d'une manière absolue » (p. 112).

Votre demande en nullité, soit de la convention, soit du testament, a été rejetée par la décision judiciaire.

Qu'est-ce à dire ?

Sinon que la décision judiciaire a affirmé, d'une manière absolue, que la convention ou le testament est valable.

Voilà la chose jugée : la validité de la convention ou du testament.

Donc, vous ne pouvez plus, sans y porter atteinte, revenir contre cette décision, et provoquer une décision

nouvelle, qui, si elle était différente, établirait ce que précisément la loi veut prévenir, la contrariété entre ces deux jugements !

2° On ajoute que ce système, conforme aux principes, est aussi le seul, qui donne à l'intérêt général de la société, la satisfaction, qu'il réclame.

Que le second système soit, à ce point de vue, tout à fait inadmissible, c'est, dit-on, ce qui résulte des conséquences auxquelles il aboutit inévitablement.

« On pourrait donc demander, par exemple, la nullité d'un testament par autant d'actions successives : 1° pour chacun des vices de forme; 2° pour chacun des vices de consentement; 3° pour chacune des causes, qui peuvent affecter la capacité civile du testateur, des notaires, des témoins, des légataires ! » (Griolet, p. 109-110.)

Le premier système a bien compris que ce serait là « *une véritable calamité!* »

Et c'est pourquoi il a imaginé sa théorie des groupes ; théorie arbitraire, *qui laisse encore une grande facilité de renouveler les procès, et qui est loin de garantir les parties contre les suites de la négligence ou de l'erreur*. (Comp. Griolet, p. 112; Bonnier, n° 876.)

334. — Lequel est le plus juridique des trois systèmes, que nous venons d'exposer? (*Supra*, nos 331-333.)

Logiquement, nous pensons que c'est le second, qui trouve autant de causes distinctes et séparées de demandes en nullité, qu'il y a de vices distincts et séparés, sur lesquels la nullité peut être fondée.

« On ne peut méconnaître, dit Dalloz, que ce ne soit le sens simple et naturel de la loi. » (Comp. Griolet, p. 110.)

Et la Cour de cassation semblait avoir d'abord reconnu la gravité de ce second système, en évitant de consacrer expressément le premier, qui était invoqué devant elle. La Cour de Pau, dans un arrêt cité plus haut, avait jugé que la partie, qui a été déclarée mal

fondée dans une demande en nullité d'un acte notarié pour un certain vice de forme, n'est pas recevable à demander de nouveau la nullité de ce même acte pour un autre vice de forme (*supra*, n° 331). C'était la consécration du premier système.

Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté.

Mais par quel motif?

« Attendu qu'alors même que les juges du fond se seraient trompés, en déclarant la nouvelle action de Sénac non recevable, comme remettant en question ce qui aurait été déjà jugé par l'arrêt du 10 mai 1863, cette erreur ne saurait entraîner la nullité de l'arrêt attaqué, qui, sans tenir compte de la fin de non-recevoir, dont il vient d'être question, examine au fond la nouvelle demande et la déclare mal fondée. » (13 avril 1869, Dev., 1869, I, 405.)

C'est que, en effet, le premier système, avec sa distinction, tout artificielle et arbitraire, de la *causa proxima* et des *causæ remotæ*, ne repose sur aucun texte; et ce n'est pas sans raison que le troisième système lui reproche de laisser, même à ce prix, une très-large carrière ouverte encore aux nouvelles demandes sur la même question, qui a été déjà l'objet d'une décision judiciaire.

On ne fera certes pas ce reproche au troisième système! car les causes de demande, même les plus nouvelles, les plus différentes de la cause, sur laquelle la décision judiciaire précédemment rendue a prononcé, il les empêche de se faire entendre; il les étouffe!

Paul demande la nullité d'un testament olographe fait par son auteur; et la cause de nullité, qu'il invoque, c'est que *ce testament n'a été ni signé ni écrit par le testateur.*

Qu'arrive-t-il?

La Cour de Lyon décide que le testament est nul, non pas comme n'ayant pas été écrit par le testateur, mais *pour cause de suggestion et de captation!*

Et le pourvoi formé devant la Cour de cassation est rejeté :

« Attendu, en droit, que c'est la demande, qui lie le juge, et non les moyens, que l'on invoque à l'appui ;

« Attendu, en fait, que les conclusions de la partie tendaient à ce que le testament fût déclaré nul ; — Que telle était la demande; — Attendu que le dispositif de l'arrêt n'a pas jugé autre chose; — Que, par conséquent, on a prononcé sur la demande soumise.... » (16 janvier 1843, Framinet, Dev., 1843, I, 432.)

Voilà bien la consécration du troisième système.

Nous avons remarqué, en effet, dès le début, cette différence entre la cause de la demande et les moyens : que les juges peuvent, d'office, suppléer les moyens, que les parties ne font pas valoir ; mais qu'ils ne peuvent pas, d'office, suppléer une cause de demande, que les parties ne leur soumettent pas dans les conclusions (*supra*, n° 319) :

Or, l'arrêt de 1843 a décidé qu'ils avaient pu, d'office, annuler, pour cause de suggestion et de captation, un testament, dont la nullité n'était demandée que pour cause de vice de forme;

Donc, ces différentes causes ont été considérées comme des moyens.

C'est pourquoi nous avons cru devoir citer cet arrêt, comme le plus sérieux argument, qui puisse être, suivant nous, opposé au troisième système.

Si une telle doctrine est exacte, les juges auraient donc pu aussi, d'office, déclarer nul le testament pour cause d'incapacité du légataire, par exemple, ou pour cause de substitution ;

Et cela, sans que les parties eussent pris des conclusions sur ces causes si différentes, sans aucune instruction, sans aucun débat judiciaire sur ces causes !

Oui ! cet arrêt est, à notre avis, décisif contre le troisième système.

Aussi est-il, croyon-snous, à peu près isolé.

Et les arrêts abondent en sens contraire !

Nous citerons, notamment, l'arrêt remarquablement motivé de la Cour de cassation du 15 décembre 1856 :

« Attendu que l'une des conditions essentielles pour fonder la chose jugée, l'identité de cause, manquait dans l'espèce ; — Qu'en effet, dans la première demande, les héritiers Boulnois demandaient la nullité de l'acte du 11 juillet 1828, comme contenant une donation déguisée au profit de l'établissement de l'*Adoration perpétuelle*, non autorisé, par l'interposition de la personne de l'abbé Coudrin ; — Tandis que, par la seconde demande, les héritiers Boulnois demandaient la nullité dudit acte comme contenant une vente au profit du même établissement, incapable d'acquérir même à titre onéreux ; — Que l'incapacité d'acquérir à titre onéreux était la cause de la nouvelle demande, laquelle cause était autre que l'incapacité d'acquérir à titre gratuit, qui était le fondement de la première demande ; — Que la question, que faisait naître la deuxième demande, qui s'appuyait sur l'incapacité d'acquérir à titre onéreux, n'avait été ni posée, ni examinée, ni résolue lors de l'arrêt du 17 février 1852 ; — Qu'ainsi cet arrêt ne pouvait avoir l'autorité de la chose jugée à l'égard de la deuxième demande... » (Rochouze, Dev., 1857, I, 497.)

Voilà les vrais principes !

353. — Tout au plus, pourrait-on concéder au troisième système qu'il y a lieu de tenir compte des conclusions prises par le demandeur, et de voir si la cause, sur laquelle sa demande est fondée, est générale ou spéciale.

Que, dans le premier cas, la demande comprenne toutes les causes qui pourraient être produites à l'appui de la nullité invoquée, on peut le comprendre.

Mais il n'en saurait être ainsi, lorsque la demande est fondée sur une cause de nullité précise et spé-

cialement déterminée, *expressâ causa.* (Comp. *supra*, n° 323.)

Et, pour notre part, nous croyons, que cette concession pourrait être faite en principe, de manière à examiner, dans chaque espèce, si, en effet, le caractère de la demande est général ou spécial.

Bonnier objecte que c'est une singulière conséquence que celle qui fait varier la cause, suivant le caractère des conclusions posées par la demande (n° 876).

Mais il nous semble que ceci n'a rien d'étrange dans notre matière.

Est-ce que ce ne sont pas, en effet, les conclusions posées par les parties, qui précisent les causes de la demande, et qui déterminent la portée plus ou moins grande de la lutte judiciaire, qui s'engage ! (Comp. *supra*, n° 283.)

336. — A plus forte raison, faut-il distinguer les causes, qui vicient la formation de la convention à son origine, d'avec les causes postérieures, qui peuvent en produire la résolution ou la révocation.

Ces causes sont, en effet, très-distinctes ; et, en conséquence, elles peuvent être proposées successivement, sans que la chose, jugée d'abord sur l'une, fasse obstacle à une nouvelle demande fondée sur l'autre;

Et cela, bien entendu, quoique les unes et les autres existassent, en même temps, avant la première demande. (Comp. *supra*, n° 325.)

J'ai demandé la nullité d'une convention pour un vice de mon consentement; et j'ai succombé.

Puis-je ensuite en demander la résolution pour inexécution des conditions antérieure à ma première demande?

Évidemment oui ! (Comp. Cass., 23 juin 1814, Dasaux, D., *Rec. alph.*, v° *Chose jugée*, n° 196.)

De même que, après avoir succombé dans une demande en nullité d'une donation entre-vifs pour vice de forme, je puis soutenir, par une nouvelle demande, qu'elle

a été révoquée par survenance d'enfant, ou en demander la réduction comme excédant la quotité disponible. (Comp. Cass., 5 juin 1821, Giraud, D., *loc. supra cit.*, n° 201.)

Ou encore, j'ai soutenu, dans une première demande, qu'une donation entre époux pendant le mariage avait été révoquée; et j'ai succombé. La chose jugée sur cette cause ne fera pas non plus obstacle à ce que je soutienne, dans une seconde demande, que cette donation est nulle pour vice de forme :

« Attendu, dit la Cour de cassation, qu'on ne peut considérer comme ne constituant qu'un moyen nouveau *une demande contradictoire avec celle sur laquelle les premiers juges avaient été appelés à prononcer....* » (13 déc. 1842, de Montfleury, Dev., 1843, I, 38.)

Autre chose est, en effet, la nullité d'une convention; autre, sa révocation!

De ce qu'il aurait été jugé d'abord que la donation n'est pas *nulle*, il ne s'ensuit nullement qu'elle n'a pas été *révoquée;*

Et de ce qu'il aurait été jugé d'abord qu'elle n'a pas été *révoquée*, il ne s'ensuit nullement qu'elle n'est pas *nulle.*

La preuve en est encore, comme dans le cas, que nous avons déjà supposé, que si trois juges opinaient séparément sur chacune de ces causes, il se pourrait que les votes fussent partagés de telle manière que la *majorité* ne pût se former ni sur l'une ni sur l'autre! (Comp. *supra*, n° 332; *Revue de Législation*, t. I, p. 192 et suiv., article de Boitard; Bonnier, n° 876; Griolet, p. 113.)

337. — La doctrine, que nous venons d'appliquer aux causes postérieures à la naissance du droit, qui peuvent en produire *la résolution ou la révocation*, doit-elle être appliquée également aux causes postérieures, qui peuvent en produire *l'extinction?*

Je demande, contre Paul, le payement d'une somme

de 50,000 francs, que je prétends lui avoir prêtée, à lui, ou à son auteur.

Paul soutient que ma demande n'est pas fondée, parce que le prêt allégué par moi, n'a pas eu lieu.

Il succombe; et ma demande est admise par la décision judiciaire, dont le dispositif condamne Paul à me payer la somme de 50,000 francs, que je lui ai prêtée.

Paul peut-il ensuite prétendre que cette créance de 50,000 francs, que j'avais contre lui pour cause de prêt, s'est éteinte par une cause antérieure à la demande et au jugement, qui l'a condamné à me la rembourser; qu'elle s'est éteinte par un payement, par une remise, ou par tout autre mode de libération?

La solution négative est enseignée par des partisans très-convaincus :

« Si on laisse le juge rendre un jugement de condamnation, dit M. Griolet, l'existence actuelle de la dette est judiciairement constatée. En invoquant ensuite la libération, dont on ne s'était pas d'abord prévalu, on proposerait sans doute un moyen nouveau; mais on contesterait la déclaration, qui a affirmé l'existence du droit comme actuelle et justifiant une condamnation. Pourrait-on mieux violer l'autorité de la chose jugée! » (P. 108 et 172.)

Cet argument est assurément fort sérieux.

Le jugement a-t-il décidé seulement que *la dette a existé?*

Non pas!

Il a décidé *qu'elle existe,* puisqu'il vous condamne à la payer.

Donc, vous ne pouvez pas, sans violer l'autorité de la chose jugée, venir prétendre *qu'elle n'existe pas!* (Comp. Paul Pont, *Revue critique*, t. II, p. 257.)

358. — Nous ne croyons pas toutefois devoir proposer cette doctrine rigoureuse dans ces termes absolus; et, à notre avis, il faut faire une distinction :

Ou le premier débat a porté non-seulement sur l'existence et la légitimité de la dette à son origine, mais aussi sur son extinction alléguée par le défendeur;

Ou, au contraire, le débat n'a porté que sur l'existence et la légitimité de la dette, sans que le défendeur ait invoqué une cause postérieure de libération.

Dans le premier cas, il nous paraît, en effet, qu'il y a chose jugée sur les deux points, et que le défendeur ne peut pas revenir contre, lors même qu'il découvrirait ensuite une quittance ou toute autre pièce décisive;

A moins, bien entendu, que cette pièce n'eût été retenue par le fait de la partie adverse; auquel cas, il pourrait recourir à la voie de la requête civile. (Art. 480, 10°, Code de procéd. civ.; comp. Cass., 29 juill. 1851, Guyot, Dev., 1851, I, 577; L. 27, ff. *de Except. rei judic*; Toullier, t. V, n° 124; Larombière, t. V, art. 1351, n° 159).

339. — Mais, au contraire, dans le second cas, nous pensons que la chose jugée seulement sur l'existence et la légitimité de la dette, ne fait pas obstacle à ce que la partie condamnée propose ensuite même celles des causes de libération, qui existaient antérieurement à la décision judiciaire, qui l'a condamnée à payer :

1° Si cette question devait être décidée d'après les règles de la procédure romaine, la solution, que nous combattons, devrait sans doute l'emporter.

La formule de l'action était, en effet, d'une telle généralité, qu'elle comprenait nécessairement, tout ensemble, et l'existence légale du droit, et l'absence de tout mode d'extinction :

« *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium millia dare oportere....* » (Gaïus, *Comm.*, IV, § 41.)

Mais telles ne sont pas les règles de la procédure française.

Il arrivera bien rarement que le débat s'engage dans ces termes vagues. Presque toujours, au contraire, il se

trouve limité à l'existence légale de la dette ; et il résulte de la comparaison du libellé de l'acte introductif d'instance, des conclusions des parties, des qualités du jugement, de ses motifs et de son dispositif, qu'il n'a point porté sur les causes d'extinction ou de résolution, qui auraient pu l'atteindre.

Nous disons : sur les causes *d'extinction* ou *de résolution;* car, au point de vue qui nous occupe, il est, suivant nous, impossible de faire une différence entre les unes et les autres. En quoi, M. Griolet nous paraît se contredire, lorsqu'il admet d'une part, que la chose jugée sur l'existence légale de la dette fait obstacle à ce que la partie condamnée invoque ensuite *une cause d'extinction*, et, d'autre part, qu'elle ne fait pas obstacle à ce que cette partie invoque ensuite une cause de *résolution* ou de *révocation* (p. 469).

Extinction, résolution ou révocation, qu'importe ! s'il est vrai que le jugement, qui déclare l'existence de la dette, doive être entendu en ce sens, que cette déclaration affirme l'existence toujours actuelle de cette dette, et ne permette plus de prétendre qu'après avoir, en effet, existé, elle n'existe plus !

2° Quoi qu'il en soit, les jurisconsultes les plus autorisés dans notre ancien Droit s'accordaient, en général, à décider que la chose jugée sur l'existence de la dette, ne s'opposait pas à ce que la partie condamnée invoquât des actes libératoires antérieurs au jugement de condamnations.

« Ce n'est pas attaquer le jugement, disait Duparc-Poullain, mais prouver qu'on l'a exécuté d'avance ; car les condamnations au payement s'entendent toujours par argent ou quittances. » (T. X, p. 206 ; comp. Rodier, sur l'art. 34 du tit. XXXV de l'Ordonn. de 1667.)

De même que nous remarquions, dans un autre ordre d'idées, que ce n'est pas attaquer un acte écrit par la preuve testimoniale, que de demander à prouver, par

la preuve testimoniale, qu'on l'a exécuté (*supra*, n° 87).

3° Pourquoi, dans notre Droit nouveau, faudrait-il s'écarter de cette interprétation si équitable?

Il n'y en a aucun motif dans les textes, ni dans les principes.

Et cela est vrai surtout, dans le cas où la décision judiciaire se borne, comme il arrive souvent, à condamner le défendeur : attendu que les payements allégués par lui ne sont pas justifiés...; attendu que les quittances ne sont pas produites; — d'où l'on peut induire que la décision elle-même contient, à cet égard, des réserves.

Aussi, telle paraît être aussi la jurisprudence moderne :

« Attendu, dit la Cour de cassation, que les questions relatives à l'existence et à la cause d'une dette, sont autres que les questions, qui concernent son extinction par une remise ou un payement, et que la chose jugée sur les premières n'entraîne point chose jugée sur les secondes ; — Attendu que, dans l'instance terminée par l'arrêt de 1856, le débat ne portait que sur l'existence et la légitimité de la dette, et qu'aucunes conclusions n'étaient prises alors concernant sa remise.... » (2 juill. 1861, O'Mullane, Dev., 1861, I, 846; comp. Cass., 24 frimaire an X, Sirey, I, I, 566; Cass., 14 juin 1854, D., 1854, I, 310; *Observations* de M. Carette, sur l'arrêt du 29 juill. 1851, Dev., 1851, I, 577; Rodier, sur l'Ordonn. de 1667, tit. XXXV, art. 452 ; Merlin, *Répert.*, v° *Payement*, n° 14 ; Toullier, t. V, n°s 126-127; Duranton, t. XIII, n° 474; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 512; Bonnier, n° 876; Larombière, t. V, art. 1351, n° 162.)

340. — Il y a une doctrine, qui va plus loin encore, et qui prétend que le défendeur condamné peut revenir contre la chose jugée, même en tant qu'elle a déclaré l'existence et la légitimité de la dette, lorsque la nouvelle défense, qu'il invoque, est fondée sur un moyen d'ordre public.

Tel est le cas où la partie condamnée viendrait prétendre que son obligation doit être réduite ou annulée pour cause d'usure.

Paul a obtenu, contre Pierre, une décision passée en force de chose jugée, qui le condamne à lui payer la somme de 10,000 francs, dont il est déclaré débiteur envers lui, pour cause de prêt.

Mais voici que Pierre revient contre cette décision, prétendant qu'il n'a reçu de Paul qu'une somme de 8,000 francs et que l'excédant représente des intérêts usuraires.

Est-il recevable?

La solution affirmative s'appuie sur des autorités considérables; et on peut en effet la fonder sur des arguments spécieux :

1° D'abord, telle était l'ancienne jurisprudence française.

Le témoignage de Brion, dans son *Dictionnaire des arrêts*, est, à cet égard, explicite :

« Les jugements et arrêts donnés sur contrat usuraire ne passent point, dit-il, en force de chose jugée, à moins qu'il n'ait été principalement question d'usure, et que la Cour n'en ait point trouvé. »

2° Objectera-t-on que, pourtant, c'est bien la même question, qui a été jugée sur la première contestation. que le défendeur condamné veut reproduire par cette seconde contestation.

Le prêt de 10,000 francs a-t-il été fait par Paul à Pierre?

En d'autres termes, Pierre a-t-il reçu ces 10,000 francs à titre de prêt? et doit-il, en conséquence, les rendre?

Voilà précisément la cause de la dette, dont la chose irrévocablement jugée a déclaré l'existence et la légitimité.

Il est vrai!

Mais on réplique qu'il faut distinguer entre les causes,

qui ne concernent que l'intérêt privé des parties, et les causes, qui intéressent l'intérêt public.

Les premières sans doute ne peuvent plus être proposées après la décision judiciaire;

Tandis qu'il en est autrement des autres.

Pourquoi?

Par une raison très-logique; à savoir : parce que la partie, qui n'a pas, lorsqu'il en était temps, durant l'instance, proposé les causes et les moyens, qui concernaient son intérêt privé, est présumée y avoir renoncé, comme elle le pouvait, en effet (art. 6);

Tandis qu'elle ne pouvait pas renoncer à des causes ou à des moyens, qui intéressent l'ordre public.

Or, tel est certes, au premier chef, au profit du défendeur, la cause déduite de l'usure!

C'est ainsi que la règle, d'après laquelle on ne peut proposer, devant la Cour de cassation, aucun moyen nouveau, reçoit exception quant aux moyens, qui intéressent l'ordre public. (Comp. Cass., 7 mai 1872, Ponson, Dev., 1873, I, 126; Cass., 10 juin 1875, Bouyer, Dev., 1875, I, 464).

3° Enfin, on peut ajouter que cette théorie est nécessaire comme sanction des lois, qui prohibent l'usure

Nul n'ignore, en effet, que la plupart de ceux qui consentent à payer des intérêts usuraires, sont déjà sur le penchant de leur ruine, et que, dans leur détresse, ils se découragent et s'abandonnent. L'échéance venue, le prêteur les assigne; et ils font défaut; condamnés, ils laissent passer les délais de l'opposition et de l'appel. Et voilà la chose irrévocablement jugée!

Quand est-ce seulement qu'ils se réveillent et se redressent? c'est lorsqu'ils sentent l'aiguillon de la poursuite, et que l'huissier arrive pour les saisir.

Leur refuser, dans ce moment-là, le droit de dénoncer l'usure, c'est donc en assurer l'impunité. (Comp. Cass., 18 mars 1811; Bourges, 2 juin 1831, Dev., 1832, II,

120; Cass., 13 mars 1833, Sentein, D., 1833, I, 192, cassant un arrêt de la Cour de Toulouse, du 31 juill. 1829, Lacube, D., 1830, II, 182).

La Cour de Paris a motivé un de ses arrêts sur notre question en ces termes :

« Attendu.... que, en matière d'usure, la chose jugée est soumise à l'appréciation des magistrats appelés à statuer sur les répétitions fondées sur des stipulations usuraires ; — Que, en effet, lorsque les décisions judiciaires sont évidemment des manœuvres concomitantes de la création des titres destinés à masquer l'usure, elles perdent le caractère de chose jugée, qui doit les mettre à l'abri de tout recours.... » (1er déc. 1854, D., II, 1854, 223.)

341. — Nous croyons, au contraire, que la chose jugée est, dans ce cas, à l'abri de tout recours :

1° Nous disons : *la chose jugée;* car il y a certainement entre le premier et le second litige, identité de cause !

Quelle était, dans le premier litige, la demande du prêteur contre l'emprunteur?

Le demandeur affirmait avoir livré au défendeur une somme de 10,000 francs, pour cause de prêt.

Et le défendeur, que répondait-il?

Qu'il n'avait pas reçu cette somme du prétendu prêteur.

Or, que vient dire encore, dans ce second litige, l'ancien défendeur, devenu maintenant demandeur?

Il vient nier le même prêt; prétendant la seconde fois, comme il prétendait la première fois, n'avoir pas reçu les 10,000 francs, dont la restitution lui était demandée ;

Donc, c'est absolument la même question.... *eadem quæstio!*

Et la seconde décision, si elle était contraire à la première, détruirait évidemment l'autorité de la chose jugée, qui appartient à celle-ci.

2° On en convient!

Mais, ajoute-t-on, il s'agit, dans ce cas, d'une cause ou d'un moyen d'ordre public, auquel le défendeur n'a pas pu renoncer; et qu'il peut, en conséquence, produire, dans une seconde instance, quoiqu'il ne l'ait pas produit dans la première.

Nous répondons que cette distinction est inadmissible:

D'abord, parce qu'elle n'a aucune base dans le texte de l'article 1351, qui repousse indistinctement toute nouvelle demande, dès qu'elle est fondée sur la même cause que l'ancienne demande;

Ensuite, parce qu'elle est contraire à toute vraisemblance.

Comment! lorsqu'un plaideur se défend souvent par toutes sortes de mauvais moyens, ou même lorsqu'il ne se défend pas et se laisse condamner par défaut, la loi présumerait qu'il renonce à ses moyens de défense!

Non certes!

Ce qu'elle présume, et bien plus raisonnablement, c'est que ces causes ou ces moyens n'existaient pas, et que, s'il les avait eus en effet, il n'aurait pas manqué de les faire valoir.

Voilà la vérité!

3° Nous ne voulons pas méconnaître que l'objection déduite de l'impunité qui peut résulter de cette solution, relativement à l'usure, ne soit d'une certaine force.

Mais il ne faut pas l'exagérer.

Le débiteur, assigné en payement devant la justice, reçoit certes, à ce moment-là, un avertissement assez sérieux pour qu'il songe à empêcher le créancier d'obtenir, contre lui, un jugement de condamnation C'est plus qu'une menace; c'est un commencement d'exécution!

Nous ne supposons pas d'ailleurs un jugement rendu par suite d'un accord frauduleux entre le créancier et le débiteur, et dont le seul but aurait été, en trompant la re-

ligion des magistrats, de revêtir de la forme judiciaire le contrat volontaire, qu'ils auraient fait; ces sortes de jugements ne seraient, en effet, eux-mêmes, en réalité, que des contrats ; et telle paraît avoir été l'espèce sur laquelle a été rendu l'arrêt précité de la Cour de Paris du 1er décembre 1854. (voy. pourtant Griolet, p. 172).

Mais, lorsqu'il s'agit d'un vrai jugement, nous concluons qu'il doit être à l'abri de tout recours, même d'un recours fondé sur l'usure.

Une fois cette brèche ouverte contre l'autorité de la chose jugée, elle ne tarderait pas, en effet, à s'élargir; il faudrait donner passage à toutes les demandes nouvelles, que l'on voudrait fonder sur des causes contraires à l'ordre public; et on sait si le nombre en est considérable!

Il est assurément fort intéressant de réprimer l'usure.

Mais il ne l'est pas moins de maintenir le grand principe social de l'autorité de la chose jugée. (Comp. Cass., 27 mai 1840, Bernault, Dev., 1840, I, 620; Cass., 8 mars 1847, de Mautort, Dev., 1847, I, 470; Chardon, *de l'Usure*, n° 529; *Dictionnaire du Contentieux commercial*, v° *Usure*, n° 112; Larombière, t. V, art. 1351, n° 147.)

341 *bis*. — C'est par les mêmes motifs, qu'il faut décider que l'autorité de la chose jugée couvre le vice résultant de l'inaliénabilité des biens dotaux :

Soit que le jugement ait prononcé, après débat, que le bien n'était pas dotal (comp. Cass. 26 nov. 1822, Majorel, *infra*);

Soit qu'il ait validé l'aliénation, même dans un règlement d'ordre :

« Attendu que, s'il n'est pas permis à la femme mariée sous le régime dotal d'aliéner directement ou indirectement sa dot, néanmoins lorsqu'elle a contrevenu à cette disposition de la loi, en cédant à ses créanciers la priorité de son hypothèque légale sur les biens de son mari, et qu'elle n'a point réclamé avant la clôture de

l'ordre, elle est non recevable à faire valoir ses droits; — Que cette fin de non-recevoir résulte, non pas de la convention, qu'elle a illégalement contractée, mais bien de la loi elle-même, qui, dans un intérêt d'ordre public, veut que le règlement soit définitif, lorsqu'il n'a point été attaqué dans les délais voulus; — Attendu, en effet, qu'un jugement rendu en matière d'ordre, est d'autant plus susceptible d'acquérir la force de la chose jugée, que l'ordre est une procédure *sui generis*, soumise à des délais de rigueur prescrits à peine de forclusion, et que, l'ayant ainsi jugé, l'arrêt a fait une très-juste application de la loi de la matière.... » (Cass., 15 mai 1849, Vagnet, Dev., 1849, I, 641.)

342. — Supposons une cause, comme il y en a un certain nombre, qui puisse donner lieu concurremment à plusieurs actions principales; ce que l'on appelle, en doctrine, *le concours d'actions*.

Le jugement intervenu sur l'une de ces causes, aura-t-il l'autorité de la chose jugée relativement à l'autre?

L'affirmative est évidente; et elle a été de tout temps reconnue :

« *Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine*, disait Ulpien, *unâ quis experiri debet.* » (L. 43, § 1, ff. *de Regul. juris;* comp. l. 5; l. 7, § 4; l. 11, § 4, ff. *de Except. rei judic.*)

Telle fut aussi l'ancienne doctrine française (comp. Pothier, n° 899).

Dès que ces actions, en effet, quoique diverses et multiples, procèdent également d'une seule et même cause, il est clair que chacune d'elles soulève une seule et même question, et que la décision intervenue sur cette cause unique, s'applique nécessairement à toutes les actions, qui pouvaient être mises à son service.

Où donc serait la cause des autres actions, après qu'un jugement provoqué par l'exercice de l'une d'elles aurait

irrévocablement statué sur la cause, qui leur était commune !

Cela est si vrai, qu'il n'y a pas à distinguer si celle des actions, qui a été exercée, et sur laquelle le jugement a été rendu, était plus ou moins étendue que l'autre action, qui n'a pas été exercée, ni si elle aurait pu être formée dans le même but et dans le même intérêt, ou dans un but et dans un intérêt différent.

L'une et l'autre de ces actions avaient-elles finalement la même cause ?

Cela suffit.

« *Exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere judicii.* » (L. 7, § 4, ff. *de Except. rei judic.*)

L'exercice de l'une implique donc un choix définitif.

Et le jugement intervenu sur l'une épuise et absorbe les autres d'une manière absolue.

Pierre a formé contre Paul, héritier légitime de Jules, une action personnelle, *ex testamento*, pour obtenir la délivrance d'un immeuble, qu'il prétend que son auteur lui a légué ; et il a succombé.

Pourrait-il former ensuite une action en revendication de ce même immeuble, en invoquant le testament, sur lequel il fondait la cause de sa première demande ?

Évidemment non !

Mais, pourtant, il avait bien ces deux actions-là : — l'une, personnelle, en vertu de l'article 1017 ; — l'autre, réelle, en vertu de l'article 1014.

Sans doute ; et on pourrait même ajouter qu'il en avait encore une troisième : l'action hypothécaire, en vertu de l'article 1017.

Mais ces trois actions n'avaient qu'une seule et même cause, *origo petitionis* : la validité du testament, et sa qualité de légataire.

Or, le jugement, qui a statué sur cette action, a, du même coup, statué nécessairement sur les autres.

Est-ce que, par exemple, vous pourriez, après avoir succombé sur *une action en pétition d'hérédité*, former ensuite *une action en partage de la même hérédité?*

Non ! certes.

Pareillement, est-ce qu'un vendeur d'effets mobiliers, qui aurait succombé dans l'exercice de l'action en revendication pour défaut de payement du prix, pourrait ensuite exercer, pour cette même cause, l'action en résolution ?

Pas davantage! (Art. 550, Cod. de comm.; comp. Cass., 6 avril 1831, Dev., 1832, I, 854; Cass., 19 avril 1836, De Gasville, Dev., 1837, I, 42; Toullier, t. V, n° 163; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. III, n° 1276; Duranton, t. XIII, nos 480 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 501; Bonnier, n° 868; Griolet, p. 108 et 172.)

343. — C. — Voici maintenant la troisième condition requise pour qu'il y ait autorité de chose jugée : l'identité des personnes (*supra*, n° 296).

Aux termes de l'article 1351, il faut :

Que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité;

En d'autres termes, il faut l'identité de personnes et l'identité de qualités.

Mais il est évident que ces deux conditions n'en font qu'une, à savoir : l'identité juridique des personnes.

« .... *et eadem conditio personarum,* » disait Paul (l. 14, *princ.* ff. *de Except. rei judic.*)

C'est que, en effet, il s'agit non pas de l'identité physique, mais seulement de l'identité juridique.

Peu importe que les personnes, qui ont figuré dans le premier litige, soient physiquement les mêmes que celles qui figurent dans le second, si elles ne sont pas les mêmes juridiquement.

Réciproquement, en sens inverse, si elles sont les mêmes juridiquement, peu importe qu'elles ne soient pas physiquement les mêmes.

La chose jugée, dans le premier cas, ne fera pas obstacle à la nouvelle demande;

Et elle y fera, au contraire, obstacle dans le second cas.

Est-ce qu'un jugement rendu pour ou contre un tuteur, agissant en cette qualité au nom du mineur, pourrait avoir l'autorité de la chose jugée pour lui ou contre lui personnellement?

Non, sans doute; car il n'était pas lui-même personnellement dans l'instance. (Comp. *infra*, n° 364.)

Tandis que le jugement rendu pour ou contre un premier tuteur, représentant le mineur, aurait l'autorité de la chose jugée pour ou contre un autre tuteur, qui aurait remplacé le premier dans cette tutelle.

C'est pourquoi un jugement rendu avec un héritier bénéficiaire, en cette qualité, ne peut pas lui être opposé, lorsqu'il agit en qualité de créancier hypothécaire du défunt. (Comp. Cass., 26 avril 1852, Siau, Dev., 1852, I, 513.)

De même encore, si vous avez agi d'abord en qualité d'héritier de votre mère, le jugement rendu pour vous ou contre vous, dans cette instance, n'aura, ni pour vous ni contre vous, l'autorité de la chose jugée, dans une seconde instance, où vous agiriez en qualité d'héritier de votre père;

Relativement au même objet, bien entendu, et à la même question, et contre la même personne!

C'est ce que remarque très-bien Pothier :

« Cela a lieu, dit-il, quoique la question, qu'ils ont ensemble, soit la même que celle qui a été jugée par le premier jugement, quoiqu'elle se décide par les mêmes moyens, et même quoiqu'elle dépende d'un même fait. » (N° 907.)

Car il s'agit de l'identité des personnes, qui est, aussi, une condition distincte pour qu'il y ait autorité de chose jugée.

« .... *Personarum enim mutatio, cum quibus singulis,*

suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit....»(L. 22, ff. *de Except. rei judic.*; comp. Cass., 3 mai 1841, d'Albert, Dev., 1841, I, 391; Cass., 30 juin 1856, Durepaire, Dev., 1857, I, 260.)

344. — Nous n'avons pas à justifier la légitimité de cette troisième condition.

Elle procède du même principe que les deux premières, c'est-à-dire de ce contrat judiciaire, qui forme la base même de l'instance! (*Supra*, n° 282.)

Aussi, est-ce une maxime célèbre et des plus souvent citées de notre matière :

« *Nec inter alios res judicata aliis prodesse aut nocere solet.* » (l. 16, ff. *Qui pot. in pign.*);

Maxime non pas seulement juridique, mais équitable aussi au premier chef!

Ne serait ce pas, en effet, une iniquité que d'opposer l'autorité d'un jugement à une personne qui, n'ayant pas été partie dans l'instance, n'a pas pu défendre ses droits?

D'où il résulte, par voie de conséquence et de réciprocité, qu'elle ne peut pas elle-même non plus l'invoquer.

345. — Pour faire l'application de ce principe, disait Pothier, il faut examiner : à l'égard de quelles personnes la chose jugée est censée jugée entre les mêmes parties, de manière qu'elle puisse faire loi entre elles; et à l'égard de quelles personnes, au contraire, la chose jugée est censée *res inter alios judicata*, dont il ne puisse naître aucun droit, ni en leur faveur, ni contre elles (n° 900).

Telle est, en effet, la double question qui s'élève ici.

Il est facile d'apercevoir qu'elle correspond à deux textes, en quelque sorte parallèles, de notre titre *des Contrats ou des Obligations conventionnelles.*

La première se rapporte à l'article 1122;

Et la seconde, à l'article 1165;

Conséquence encore de l'assimilation, qui existe entre les contrats et la chose jugée.

De même, en effet, que nous contractons pour nous, pour nos héritiers et ayants cause, sans que nos contrats puissent nuire ou profiter aux tiers ;

De même nous plaidons pour nous, pour nos héritiers et ayants cause, sans que la chose jugée pour nous ou contre nous puisse nuire ou profiter aux tiers.

346. — La thèse, que nous avons à résoudre, est donc finalement celle-ci :

Dans quels cas l'autorité de la chose jugée existe-t-elle à l'égard d'une personne, qui n'a pas figuré dans l'instance ?

Or, c'est ce qui peut arriver dans deux cas principalement, à savoir :

a. — Lorsque cette personne a succédé soit à titre universel, soit à titre particulier, à l'une des parties, qui y figurait ;

b. — Lorsque l'une des parties, qui y figurait, l'a représentée, en vertu d'un mandat légal, conventionnel ou judiciaire.

347. — *a.* — Que les héritiers, et autres successeurs universels, puissent invoquer les jugements rendus pour leur auteur ; et que, réciproquement, les jugements rendus contre lui puissent leur être opposés, cela est d'évidence ! Ils succèdent, en effet, activement et passivement, à l'universalité de son patrimoine (art. 724, 873, 1220).

Et il n'y a pas à distinguer s'ils ont accepté la succession purement ou simplement, ou s'ils l'ont acceptée sous bénéfice d'inventaire ; ce qui résulte seulement du bénéfice d'inventaire, c'est qu'ils ne sont tenus d'exécuter les condamnations prononcées contre leur auteur, que conformément aux règles, qui gouvernent ce mode d'acceptation (art. 802 ; comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 159).

348. — La chose jugée pour ou contre l'héritier apparent doit-elle être considérée comme jugée pour ou contre l'héritier véritable ?

Thèse controversée, que nous avons examinée avec les développements, qu'elle comporte, dans notre *Traité de l'Absence* (n°238).

349. — Ce qui est certain, c'est que les jugements rendus pour ou contre l'héritier, sont, à l'égard du légataire, *res inter alios judicata.*

Il est vrai que, en Droit romain, toutes les dispositions contenues dans le testament, étaient subordonnées à l'institution d'héritier, qui en était *caput et fundamentum.*

Mais, dans notre Droit français, ce principe n'a jamais été admis; et les différentes dispositions du testament ont toujours été considérées comme indépendantes les unes des autres.

A plus forte raison, les jugements rendus pour ou contre un légataire, sont-ils, à l'égard des héritiers ou des autres légataires, *inter alios judicata.*

Ils succèdent tous, il est vrai, à un auteur commun.

Mais ils ne succèdent pas les uns aux autres! (Comp. Cass., 10 août 1858, Broutté, Dev., 1859, I, 37; Toullier, t. V, n° 212; Duranton, t. XIII, n° 516; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 491.)

350. — La solution, que nous venons d'appliquer aux successeurs universels, est applicable aux successeurs particuliers.

On se rappelle que cette classe de successeurs reçoit le nom d'ayants cause, et qu'il faut soigneusement distinguer les *ayantscause* d'avec les *tiers.*

Nous avons exposé cette théorie dans son application aux contrats.

Elle est la même dans son application à la chose jugée. (Comp. *supra*, n° 345.)

Et il suffira de nous y référer brièvement (comp. le tome VI de ce *Traité*, n°s 525-527).

351. — Il faut donc faire encore, comme nous l'avons fait déjà, en ce qui concerne les ayants cause, la distinction des époques.

Est-ce avant? Est-ce après?

C'était précisément la formule d'Ulpien :

« *Distinguendum est.... si quidem antequam...; sed si posteaquam....* » (L. 2, § 10, ff. *de Except. rei jud.*)

Paul a vendu un immeuble à Pierre.

Mais un jugement, rendu à la suite d'une instance entre Paul et Jules, a déclaré l'existence d'une servitude, soit active, soit passive, sur cet immeuble.

Ce jugement a-t-il l'autorité de la chose jugée à l'égard de Pierre, acheteur, l'ayant cause de Paul, vendeur, soit pour lui, soit contre lui?

Nous répondons :

Oui! s'il a été rendu avant le contrat de vente, ou plus exactement, avant que le contrat soit devenu opposable aux tiers, par l'accomplissement de la formalité requise à cet effet (comp. art. 939; loi du 23 mars 1855, art. 1 et 3);

Non! s'il a été rendu après.

Dans le premier cas, en effet, Paul, le vendeur, a transmis à l'acheteur les droits qu'il avait sur l'immeuble, tels qu'il les avait, ni plus ni moins, avec une servitude active, s'il a gagné, avec une servitude passive, s'il a perdu; et il est clair que l'acheteur, qui lui succède dans la propriété de cet immeuble, l'acquiert nécessairement tel qu'il se trouve au moment du contrat; l'acheteur est donc, alors, l'*ayant cause* du vendeur;

Tandis que, dans le second cas, au moment où la propriété de l'immeuble a été transmise par le vendeur à l'acheteur, l'existence de la servitude n'était pas judiciairement déclarée; et par conséquent, l'acheteur ne saurait être, quant à une instance postérieure à la vente, considéré comme l'ayant cause du vendeur; il est alors, au contraire, évidemment *un tiers*.

Le vendeur, apparemment, n'aurait pas pu, après la vente, constituer, ni même acquérir, par un contrat volontaire, une servitude sur l'immeuble vendu.

Par la même raison, il n'a pas pu la constituer ni l'acquérir par un contrat judiciaire. (Comp. Cass., 16 juin 1815, Sirey, 1815, I, 392; Douai, 5 juin 1820, Sirey, 1821, II, 106; Cass., 11, mars 1834, Dev., 1834, I, 345.)

352. — Nous venons de supposer les deux cas extrêmes :

D'abord, celui où le droit a été transmis *après* l'instance terminée;

Ensuite, celui où le droit a été transmis *avant* l'instance commencée.

Supposons maintenant le cas intermédiaire, où le droit a été transmis *pendant* l'instance, entre la demande et le jugement.

La chose jugée contre l'auteur sera-t-elle, dans ce cas, opposable au successeur, son ayant cause?

Des jurisconsultes d'une autorité considérable enseignent l'affirmative.

Telle serait, dans leur doctrine, la conséquence de l'effet déclaratif des décisions judiciaires, qui remonte au jour de la demande. Cette solution était, en effet, celle d'Ulpien, dans la loi 11, § 9 et 10, au Digeste (*de Except. rei judic.;* comp. Duranton, t. XIII, n° 506; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 482; Marcadé, art. 1351, n° 11; Colmet de Santerre, t. V, n° 328 *bis*, XVII et XIX).

Mais, pourtant, comment la justifier logiquement?

Est-ce que le successeur à titre particulier peut être considéré comme l'ayant cause de son auteur, quant à la chose jugée contre celui-ci, depuis qu'il lui a transmis un droit réel, désormais indépendant de son fait?

Assurément non!

Or, ce droit réel, désormais indépendant du fait de son auteur, était acquis à l'ayant cause, avant le jugement;

Donc, quant à ce jugement rendu contre son auteur après le contrat par lequel ce droit lui avait été transmis, il n'est pas son ayant cause!

A qui appartenait l'intérêt, après ce contrat?

A l'auteur, au vendeur?

Non pas!

L'intérêt appartenait au successeur, à l'acheteur.

Et on ne saurait admettre que cet intérêt, qui est le sien, ait pu être compromis par son auteur, lequel, pour les actes postérieurs au contrat, avait cessé de le représenter.

Aussi, même en Droit romain, Papinien s'attachait-il à l'époque du jugement :

« *Creditor in locum victi successisse non videbitur, cum pignoris conventio* SENTENTIAM *præcessit.* » (L. 29, § 1, ff. *de Except. rei judic.*)

C'est ce que paraît également décider la jurisprudence moderne :

« Attendu que les sieurs Bonnes n'avaient pas été représentés, lors de ce jugement, par les héritiers de la veuve Trémoulet, venderesse, parce que si le vendeur représente l'acquéreur, *lorsque le jugement précède la vente*, il ne le représente plus, *lorsque la vente précède le jugement*.... »

Nous empruntons ce motif à un arrêt de la Cour de Montpellier, du 26 mars 1836, contre lequel le pourvoi en cassation a été vainement entrepris. (Cass., 26 mars 1838, Trémoulet, Dev., 1838, I, 757; comp. Cass., 8 mai 1810, Sirey, 1810, I, 265; Cass., 19 août 1818, Sirey, 1819, I, 24; Cass., 25 mars 1828, Sirey, 1828, I, 302; Bordeaux, 19 août 1840, Perrocheau, Dev., 1841, 2, 7; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Chose jugée*, § 2; Bonnier, n° 881; Larombière, t. V, art. 1351, n° 106.)

353. — Mais l'instance, antérieurement engagée avec l'auteur, avait été mise en état, au moment où il a transmis à son successeur le droit, qui faisait l'objet du procès.

Est-ce que, dans ce cas même, la chose jugée contre l'auteur serait, à l'égard de son successeur, *res inter alios judicata?* (Comp. art. 342 du Code de procédure.)

Nous le croyons ainsi.

La circonstance que la cause était en état, ne détruit pas, en effet, l'argument, sur lequel nous venons de fonder notre solution, à savoir : que, du moment où le successeur a été saisi irrévocablement du droit, qui lui a été transmis, il ne peut pas être considéré comme l'ayant cause de son auteur, pour ce qui a été jugé contre celui-ci. (Comp. Larombière, *loc. supra cit.*)

354. — Cette solution devrait-elle être maintenue, si le successeur avait eu, au moment de son acquisition, connaissance du procès engagé entre son auteur et un tiers ?

J'achète la maison de Pierre, sachant que Pierre est en procès avec Paul, sur l'existence d'une servitude, active ou passive, relativement à cette maison.

Je n'interviens pas dans l'instance ; je ne notifie pas à Paul mon titre d'acquisition.

Et le procès continuant entre Pierre et Paul, il est jugé contre Pierre, mon vendeur, que la servitude existe à la charge de la maison, que j'ai achetée.

Cette chose jugée me sera-t-elle opposable ?

Le jurisconsulte Macer, en Droit romain, avait posé cette question :

« *An sententia, inter alios dicta, scientibus noceat?* »

Et il distinguait :

Non, disait-il, lorsque celui qui connaît l'existence du litige, *sciens*, et qui n'y intervient pas, ne peut pas empêcher les parties, qui y sont présentes, d'y figurer et d'y défendre leurs droits comme elles l'entendent : « .... *veluti si ex duobus hæredibus alter condemnatur; .... et illa ratio est : quod qui scit cohæredem suum agere, prohibere eum quo minus, uti velit, propriâ actione vel defensione utatur, non potest.* »

Oui, au contraire, si ce *sciens*, qui pouvait intervenir et défendre lui-même son droit, par voie d'action ou d'exception, l'a laissé défendre par un autre : « .... *veluti*

si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris;—aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptæ; — aut possessor de proprietate rei emptæ....«

Et pourquoi — « *quia ex voluntate ejus, de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est ....* » (L. 63, ff. *de Re judicatâ.*)

C'est-à-dire que de la connaissance du procès engagé, avec cette circonstance que le *sciens* avait le droit d'y intervenir et d'y prendre le principal rôle, *cujus actio vel defensio primum sibi competit,* le jurisconsulte romain déduisait une sorte de mandat tacite, par suite duquel il y avait été représenté.

Cette déduction ne manquait pas, sans doute, d'une certaine force; et plusieurs arrêts paraissent, en effet, l'avoir admise dans notre ancien Droit français. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Tierce-opposition.*)

Mais nous ne pensons pas qu'elle soit admissible dans notre Droit nouveau.

Nul texte, en effet, n'édicte une telle présomption, qui souvent même serait, dit justement M. Larombière, en opposition avec la réalité des choses.

Et, loin qu'aucune disposition légale oblige, en cas pareil, l'ayant cause à intervenir, l'article 474 du Code de procédure accorde, dans tous les cas sans distinction, le droit de former tierce-opposition à la partie, qui n'a été ni appelée, ni représentée dans l'instance. (Comp. Cass., 19 août 1818, Sirey, 1819, I, 24; Merlin, *Quest. de droit,* v° *Chose jugée,* § 2, n° 2; Bonnier, n° 881; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 483; Larombière, t. V, art. 1351, n° 108.)

355. — Nous supposons d'ailleurs que l'ayant cause a eu simplement connaissance du procès engagé entre son auteur et un tiers.

Il en serait autrement, s'il n'avait pas été seulement *sciens,* et s'il avait lui-même dirigé le procès, sous le nom de son auteur.

Ce procès, en effet, serait alors devenu le sien; et c'est en vertu d'un véritable mandat, peut-être même d'une collusion frauduleuse, que l'auteur l'aurait soutenu, dans l'intérêt de son ayant cause. (Comp. Cass., 2 mai 1811, Sirey, 1811, I, 165; Cass., 16 févr. 1830, Sirey, 1830, I, 231; Thomines-Desmasure, *Comment. du Code de procéd.*, n° 526; Bonnier, n° 881; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 483; Larombière, t. V, art. 1351, n° 109.)

356. — La doctrine, que nous venons d'exposer, est, bien entendu, applicable, quel que soit le droit, qui a été transmis par l'auteur à son ayant cause, du moment où ce droit lui a été irrévocablement acquis.

Pierre a cédé à Paul une créance contre Jules; et le cessionnaire a signifié la cession au cédé (art. 1690).

Le jugement, rendu contre le cédant, qui aurait déclaré la créance inexistante ou éteinte, sera-t-il opposable au cessionnaire?

Oui, s'il a été rendu avant la signification de la cession, ou avant l'acceptation de cette cession par le débiteur;

Non, s'il n'a été rendu qu'après.

C'est la même question.

Et la solution doit être, en conséquence, la même. (Comp. *supra*, n° 351; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Transport*. § 6; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 483; Larombière, t. V, art. 1351, n° 107.)

357. — Que les créanciers chirographaires soient les ayants cause de leur débiteur, cela est élémentaire! (Art. 1166, 2092.)

Il s'ensuit que la chose jugée pour ou contre leur débiteur, relativement à des droits ou à des engagements compris dans son patrimoine, doit être considérée comme jugée pour eux ou contre eux;

Sans aucune distinction d'époque! et lors même que leurs créances résulteraient de titres ayant une date certaine avant la décision judiciaire; car ils n'ont pas

d'autres droits que ses propres droits (comp. Cass., 15 févr. 1808, Sirey, 1808, I, 196; Nîmes, 8 févr. 1832, Dev., 1832, II, 336; Bonnier, n° 884);

Sauf pourtant le cas, où la décision judiciaire aurait été rendue, à leur préjudice, par suite d'une collusion frauduleuse entre leur débiteur et son prétendu adversaire; car ils pourraient alors, en vertu de l'article 474 du Code de procédure, y former tierce-opposition, comme ils pourraient, en vertu de l'article 1167 du Code Napoléon, demander la nullité des conventions, que leur débiteur aurait consenties en fraude de leurs créances.

Il est clair, en effet, que le débiteur, qui trahit ses créanciers, se sépare d'eux et cesse dès lors de les représenter.

558. — Mais les créanciers sont-ils représentés par leur débiteur commun, lorsqu'il s'agit de leurs droits respectifs sur son patrimoine?

Nous ne le croyons pas, en tant qu'il s'agirait, en effet, d'intervertir ou de modifier leurs droits de préférence les uns à l'égard des autres.

Telle est la doctrine, que nous avons proposée déjà, en ce qui concerne la date des actes sous seing privé. (Comp. le tome VI de ce *Traité*, n°s 546-547.)

L'arrêt de la Cour de cassation du 13 avril 1841 n'y est pas, suivant nous, contraire, eu égard à l'espèce, sur laquelle il a statué. (Boisaubin, Dev., 1841, I, 553.)

Aussi la Cour suprême, dans un arrêt plus récent, a-t-elle expressément décidé :

« Que le débiteur ne peut pas plus en plaidant qu'il ne le pourrait en traitant avec l'un de ses créanciers, priver les autres des garanties, qu'il leur a données. » (20 juin 1854, Guenin, Dev., 1854, I, 601.)

Ce motif est excellent!

Il détermine, du même coup, l'étendue et la limite de notre règle.

Le contrat judiciaire formé par le débiteur, produit,

relativement à ses créanciers, le même effet, ni plus ni moins, que le contrat volontaire produirait. (Comp. Bonnier, n° 884; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 484.)

359. — Si l'ayant cause est le successeur de son auteur, il n'est pas vrai, en sens inverse, que l'auteur soit le successeur de son ayant cause.

C'est la règle, qu'Ulpien exprimait, d'après Julien :

« .... *Exceptionem rei judicatæ a persona auctoris ad emptorem transire; retro autem ab emptore ad auctorem non reverti....* » (L. 9, § 2, ff. *de Except. rei judic.*)

Vous avez vendu votre maison à Paul.

Et Paul n'ayant pas payé son prix, vous avez obtenu la résolution de la vente.

Le jugement, qui, avant cette résolution, aurait été rendu contre Paul au profit de Pierre, relativement à la propriété de cette maison, ou à un droit réel quelconque, dont il la déclarerait affectée, vous serait-il opposable?

Nullement!

C'est l'exemple même, que les jurisconsultes romains proposaient, dans le fragment, que nous venons de citer. (Comp. Cass., 16 nov. 1836, de Pontet, Dev., 1836, I, 960; Cass., 23 août 1854, Mohamed, Dev., 1855, I, 109; Pothier, n° 106; Toullier, t. V, n° 200; Bonnier, n° 882; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 485.)

360. — C'est par le même motif que les créanciers ne représentent pas leur débiteur, et que ce qui est jugé pour eux ou contre eux, n'est pas jugé pour lui ou contre lui, lors même qu'ils ont agi comme exerçant ses droits, aux termes de l'article 1166. (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 127; Cass., 14 avril 1806, Sirey, 1806, I, 329.)

361. — Encore moins, les créanciers d'un débiteur commun sont-ils représentés par l'un d'eux ou par plusieurs d'entre eux, agissant isolément et jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. (Comp. le tome II précité de ce *Traité*, n° 266; Bonnier, n° 885.)

La formule même, que nous employons, témoigne d'ailleurs qu'il ne s'agit pas du cas où la masse des créanciers d'un failli se trouve légalement représentée par les syndics.

362. — Mais les créanciers hypothécaires doivent-ils être considérés comme les ayants cause de leur débiteur, dans les instances relatives à la propriété des immeubles hypothéqués?

J'ai sur l'immeuble de Paul une hypothèque, régulièrement inscrite.

Et, en cet état, Paul soutient, en demandant ou en défendant, un procès contre Jules, relativement à la propriété de cet immeuble.

Il succombe; et le jugement déclare Jules propriétaire ou reconnaît à son profit l'existence d'un droit de servitude :

Ce jugement m'est-il opposable?

Au point où nous en sommes, il semble qu'il n'y a pas de difficulté à répondre négativement.

Et telle est, en effet, sans hésitation, notre réponse.

Il faut que nous ajoutions pourtant que c'est là une question très-controversée, à laquelle la jurisprudence applique une solution contraire, et que, dans la doctrine, l'un des dissidents les plus autorisés déclare que la solution, que nous venons d'exprimer, est *absurde!* (Merlin, *Quest. de droit*, v° *Tierce-opposition*, § 1.)

Mais comment donc!

1° L'hypothèque, dit-on, quoiqu'elle ait le caractère d'un droit réel, n'est pas un démembrement de la propriété;

D'où il suit que le débiteur d'un immeuble hypothéqué, n'en conserve pas moins toujours la pleine propriété, et qu'il a dès lors toujours aussi qualité pour exercer en justice les droits, qui en dérivent.

2° On ajoute que l'existence de l'hypothèque est essentiellement subordonnée au droit de propriété de celui qui

l'a constituée, et que, par conséquent, le même coup, qui anéantit l'une, doit aussi anéantir l'autre. Est-ce qu'il se peut que l'hypothèque de Paul subsiste sur l'immeuble de Pierre, en présence d'un jugement, qui décide que Pierre n'a pas la propriété de cet immeuble!

« Attendu, porte l'arrêt de la Cour de cassation, du 13 décembre 1864, cassant un arrêt de la Cour d'Alger, qu'il est de principe qu'un créancier, même avec hypothèque spéciale, est l'ayant cause de son débiteur; qu'il tient son droit de celui-ci, qui, en lui affectant son immeuble, ne lui a conféré qu'un droit subordonné à l'existence de celui qui lui est propre; en sorte que, si le droit du débiteur vient à être annulé ou résolu, l'hypothèque s'évanouit, à moins que le créancier ne prouve la fraude ou ne puisse se pourvoir en vertu d'un droit personnel et indépendant du droit du débiteur. » (Cité *infra.*)

3° Enfin, on se récrie contre les conséquences, qui dériveraient de la doctrine contraire. Il faudrait donc mettre en cause le ban et l'arrière-ban des créanciers hypothécaires, pour obtenir une décision définitive et solide, sur une question de propriété ou de droit réel relativement à un immeuble, contre un débiteur obéré! Que de lenteurs! et que de frais!

D'où l'on conclut que l'utilité pratique se trouve d'accord avec les principes, en faveur de la doctrine, qui considère le débiteur comme le représentant des créanciers hypothécaires, aussi bien que des créanciers chirographaires. (Comp. Cass., 6 juill. 1811, Sirey, 1814, I, 337; Cass., 21 août 1826, Sirey, 1827, I, 156; Cass., 3 juill. 1831, Dev., 1832, I, 127; Paris, 2 févr. 1832, Dev., 1832, II, 301; Cass., 26 mai 1841, Heurtaux, Dev., 1841, I, 749; Cass., 13 déc. 1864, Luce, Dev., 1865, I, 27; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Tierce-opposition*, § I; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. III, n°s 1300-1310; Carré, *Lois de la procéd.*, t. II, quest. 1715; Bugnet, sur

Pothier, *des Obligations*, n° 205, note 1; Larombière, t. V, art. 1351, n° 115.)

363. — Si imposantes que soient ces autorités, la doctrine contraire est, à notre avis, la seule vraie.

Et nous maintenons que la chose jugée contre le débiteur, relativement à la propriété de l'immeuble hypothéqué, n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires :

1° Telle a toujours été la doctrine ancienne:

Soit en Droit romain, d'après le témoignage formel de Papinien, que nous avons déjà cité. (L. 29, § 1, ff. *de Except. rei judic.*; l. 3, ff. *de Pignor.*)

Soit dans notre ancien Droit français, d'après le témoignage, non moins formel, de Pothier (n° 905).

2° C'est que cette doctrine est impérieusement commandée par les principes les plus certains.

Que l'hypothèque ne soit pas un démembrement de la propriété, c'est ce que nous ne demandons pas mieux que de concéder. (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens; — de la Propriété*, etc., t. I, n°s 471-472.)

Mais qu'importe!

Ce qui est incontestable, c'est qu'elle est un *droit réel!* (art. 2114); et cela suffit au succès de notre thèse.

En effet, nul ne peut engager dans une instance, *deducere in judicium*, des droits, qu'il a concédés irrévocablement à un tiers, sur l'objet litigieux, et qui appartiennent désormais à celui-ci, de manière à ne plus pouvoir être compromis par son auteur.

Or, tel est éminemment le caractère du droit réel!

On en convient pour la propriété, pour l'usufruit, pour la servitude.

Mais le moyen alors de n'en pas convenir aussi pour l'hypothèque?

« Attendu (dit la Cour de cassation elle-même dans un arrêt, que nous avons déjà invoqué) que le débiteur ne peut pas plus, en plaidant, qu'il ne le pourrait en trai-

tant avec l'un de ses créanciers, priver les autres des garanties, qu'il leur a données. » (*Supra*, n° 358.)

Or, *en traitant* avec un tiers, le débiteur ne pourrait pas porter atteinte à l'hypothèque du créancier sur son immeuble;

Donc, il n'y peut pas non plus porter atteinte, en plaidant.

Cet argument nous paraît irrésistible!

C'est le même, par lequel nous avons déjà, croyons-nous, démontré, sur l'article 1338, que le créancier hypothécaire est *un tiers*, au droit duquel ne saurait porter préjudice la confirmation d'une convention annulable, que le débiteur avait consentie. (Comp. le tome VI de ce *Traité*, n° 800.)

Et cette proposition, nous l'avons démontrée avec le secours de l'un des auteurs les plus considérables, que nous trouvons, au contraire, parmi les dissidents sur la question actuelle.

Mais, en vérité, comment se peut-il que M. Larombière considère le créancier hypothécaire comme *un tiers* dans l'article 1338, et comme un *ayant cause* dans l'article 1351!

N'est-ce pas là une contradiction!

3° On invoque, en sens contraire, la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

La base de l'hypothèque, dit-on, c'est le droit de propriété du débiteur;

Or, il a été jugé que le débiteur n'avait pas la propriété de l'immeuble, qu'il a hypothéqué;

Donc, l'hypothèque doit s'écrouler avec sa base (art. 2125).

Et on ajoute qu'il y a cette différence entre une convention et un jugement, que la convention crée des droits nouveaux; tandis que le jugement ne fait que déclarer des droits préexistants.

Mais la pétition de principe est ici manifeste; et cet

argument ne fait, ni plus ni moins, que décider la question par la question.

Oui sans doute! la différence, que l'on signale, existe entre la convention et le jugement.

Mais à l'égard de quelles personnes le jugement déclare-t-il les droits préexistants?

A l'égard des personnes seulement, pour lesquelles il a l'autorité de la chose jugée!

Il a été jugé, dites-vous, que le débiteur n'avait pas la propriété.

Mais contre qui? — contre le débiteur seulement!

Or, précisément, ce que nous prétendons, c'est que ce qui a été jugé contre le débiteur, n'a pas été jugé contre les créanciers hypothécaires.

C'est que d'après le principe fondamental de notre matière, la chose jugée n'a qu'un effet essentiellement relatif à la partie, à ses héritiers ou ayants cause;

Or, le créancier hypothécaire n'est ni l'héritier, ni l'ayant cause de la partie, contre laquelle le jugement a été rendu!

Cet argument, sur lequel notre savant collègue, M. Valette, a particulièrement insisté, dans la remarquable dissertation, qu'il a consacrée à cette question, est, en effet, topique et péremptoire. (Cité *infra.*)

4° Reste l'argument, que la doctrine contraire a déduit des conséquences infiniment graves, dit-elle, qui pourraient résulter, au point de vue de l'utilité pratique, de la doctrine, que nous proposons, puisqu'il faudrait, en cas pareil, pour obtenir pleine sécurité, mettre en cause, en même temps que le débiteur, tous les créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble litigieux.

Outre que l'on exagère, à notre avis, beaucoup le danger de ces conséquences, dont la pratique, en effet, n'a pas, jusqu'à ce jour, offert de bien probants exemples, nous ferons deux réponses :

D'abord, est-ce que ces mêmes conséquences ne pour-

ront pas se produire également dans d'autres cas, où pourtant nul n'a entrepris de méconnaître le principe, d'où elles dérivent! Supposez plusieurs cohéritiers, plusieurs copropriétaires par indivis, plusieurs codébiteurs conjoints d'obligations divisibles; direz-vous que les uns représentent les autres? apparemment non! et il faudra, sans aucun doute, s'ils ne se rendent pas, les mettre tous en cause, ou agir successivement contre chacun d'eux les uns après les autres! (Comp. *infra*, n° 366.)

En second lieu, qui n'aperçoit aussi tout ce que la doctrine, que nous combattons, pourrait elle-même présenter de dangers, puisqu'elle mettrait le droit des créanciers hypothécaires à la merci d'un débiteur, qui, par négligence, ou impéritie, ou par découragement, comme il arrive souvent à ceux qui sont sur le penchant de leur ruine, se défendrait mal ou même ne se défendrait pas du tout!

Non! il n'est pas possible que les hypothèques périssent dans un tel procès, à l'insu même des créanciers hypothécaires, qui ont pu ne pas le connaître! (Comp. Paris, 27 mars 1824, Sirey, 1825, II, 193; Paris, 24 mars 1834, Dev., 1834, II, 580; Cass., 28 août 1849, Jeanron, Dev., 1850, I, 49; Duranton, t. XIII, n° 507; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. III, n° 1299; Marcadé, art. 1351, n° 12; Mourlon, t. II, n° 1626; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 484-485; Pont, *des Priv. et Hypoth.*, art. 2135, n° 647; Bonnier, n° 679; Valette, *Revue de Droit français et étranger*, 1844, t. I, p. 27; Colmet de Santerre, t. V, n° 328 *bis*, XIX; Griolet, p. 160 et suiv.; Martou, *des Priv. et Hypoth.*, t. III, n° 967.)

364. — *b*. — Il est évident que le mandataire représente le mandant, dans les *contrats judiciaires* comme dans les *contrats volontaires* (*supra* n° 34[illegible]).

Et par conséquent, les jugements qui ont été obtenus par le mandataire, ou qui ont été rendus contre lui, peuvent être invoqués par le mandant et peuvent lui être

opposés; — quelque soit d'ailleurs le caractère du mandat, légal, conventionnel ou judiciaire.

Voilà comment le mineur ou l'interdit est représenté par son tuteur; et cela, même dans le cas où celui-ci aurait un intérêt contraire, sauf la requête civile. (Art. 450 et 480 du Code de procéd.; comp. notre *Traité de la Minorité; — de la Tutelle et de l'Émancipation; — des Individus placés dans un établissement public ou privé d'aliénés*, t. I, n° 112; Cass., 19 juin 1844, Paynoud, Dev., 1844, I, 547; Cass., 28 août 1849, Jeanron, Dev., 1850, I, 49.)

365. — Le même principe est applicable aux jugements rendus :

Pour ou contre le mari, en qualité d'administrateur des biens personnels de sa femme;

Pour ou contre les administrateurs de l'État, d'un département, d'une commune ou d'un établissement public;

Pour ou contre les syndics d'une faillite (art. 443 Code de comm.);

Pour ou contre les administrateurs ou gérants d'une société de commerce;

Dans tous les cas enfin où la partie intéressée a été représentée dans l'instance par celui, qui avait qualité pour agir, en son nom, en demandant ou en défendant. (Comp. l. 4; l. 11, § 7, ff. *de Except. rei jud.*; Cass., 19 nov. 1838, comm. de Vernois, Dev., 1838, I, 1001; Cass., 25 avril 1855, Teinturier, Dev., 1857, I, 285; Larombière, t. V, art. 1351, n°s 94-95.)

366. — C'est pourquoi aussi les jugements rendus pour ou contre les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent, sont à considérer comme rendus pour ou contre l'absent lui-même. (Comp. notre *Traité de l'Absence*, n° 134.)

Il faut en dire autant des jugements rendus pour ou contre le curateur à la succession vacante, relativement

aux héritiers ou autres ayants droit, qui la recueillent ensuite. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 429.)

367. — Nous avons déjà remarqué que la chose jugée pour ou contre l'un ou plusieurs des cohéritiers, ou copropriétaires, ou codébiteurs, est, à l'égard des autres, *res inter alios judicata*, lorsque l'objet de la contestation est divisible (*supra*, n° 363).

Cette communauté, ou plutôt même seulement cette juxtaposition de leurs intérêts, ne saurait créer, entre eux, respectivement, un pouvoir de représentation.

Pothier remarquait même fort justement que, dans ce cas, la chose demandée n'est pas non plus la même, par suite de la division des dettes et des créances entre les héritiers (n° 967; comp. l. 22, ff. *de Except. rei jud.*; Cass., 10 août 1858, Broutté, Dev., 1859, I, 37).

368. — Mais que faut-il décider :

1° Dans le cas de solidarité de la créance ou de la dette;

2° Dans le cas d'indivisibilité de la chose, qui en fait l'objet?

Notre réponse est déjà faite à cette double question ; et il suffit de nous référer aux développements, que nous y avons consacrés. (Comp. le tome III de ce *Traité*, n°s 190, 366, 628 et suiv.)

369. — Ce serait un hors-d'œuvre, qui pourrait nous entraîner loin du sujet actuel de notre étude, que d'entreprendre d'examiner tous les cas particuliers, dans lesquels peut s'élever la question générale de savoir : si une personne a été légalement représentée par une autre dans une instance judiciaire.

Il sera d'une meilleure méthode de les résoudre successivement, ainsi que nous avons déjà fait, à mesure qu'ils se produiront.

Maintenons seulement le principe, que nous avons posé, à savoir : que cette représentation résulte de deux

causes : soit de la succession à titre universel; soit du mandat. (*Supra*, n° 346.)

370. — D'après une doctrine très-accréditée, il se peut que, en dehors même de toute espèce de succession et de mandat, une personne soit réputée avoir été représentée en justice par une autre, lorsque le jugement a été rendu en faveur de cette dernière; tandis que, au contraire, son adversaire n'a pas réciproquement le droit de lui opposer le jugement, lorsqu'il a été rendu contre elle et à son préjudice.

« C'est ce qui arrive, dit M. Larombière, lorsqu'une partie, figurant en cause, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, y a été considérée par l'autre partie comme ayant qualité pour exercer l'action ou pour y défendre, y a été prise enfin comme seul et légitime contradicteur, bien que, en réalité, elle n'ait ni qualité parfaite ni pleins pouvoirs à l'effet de représenter ainsi celui ou ceux que le fond du débat intéresse exclusivement ou concurremment avec elle. Dans ce cas, si le jugement, qui lui donne gain de cause, peut être opposé par celui ou ceux qu'elle est censée avoir représentés en justice, ce n'est pas parce qu'elle a eu un droit quelconque de les y représenter effectivement, mais bien parce que son adversaire, en la choisissant ou en l'acceptant pour son légitime contradicteur, doit subir la conséquence du principe de représentation, qu'il a lui-même posé. — D'autre part, s'il a obtenu gain de cause, les tiers, qui n'ont pas été régulièrement représentés dans l'instance, peuvent repousser le jugement comme *res inter alios judicata*, parce que, en effet, ils sont des tiers étrangers, dont les droits n'ont pu être compromis malgré leur volonté et sans leur concours. » (T. V, art. 1351, n° 101; comp. Proudhon, *de l'Usufruit*, t. III, n° 1314; Marcadé, art. 1351, n° XIII; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 490-491; Bonnier, n° 878.)

Cette doctrine est, disons-nous, très-accréditée; et nous avons déjà présenté les applications, qui en sont généralement faites :

Soit à la chose jugée entre un tiers et le nu propriétaire ou l'usufruitier, relativement à la pleine propriété des biens soumis à l'usufruit, (comp. notre *Traité de la Distinction des biens ; — de la Propriété ; — de l'Usufruit; de l'Usage,* et *de l'Habitation*, t. II, n° 345);

Soit à la chose jugée entre un tiers et le grevé, relativement aux biens compris dans la substitution. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n°s 558-559.)

Toutefois, à cette place où nous traitons spécialement de l'autorité de la chose jugée, nous devons exprimer les objections graves, selon nous, que soulève cette théorie, comme on l'appelle, *du mandat restreint* (Griolet, p. 163), ou *de la représentation imparfaite* (Laurent, t. XX, n°s 118 et suiv.).

1° De deux choses l'une :

Ou la personne, qui n'a pas figuré dans l'instance, y a été représentée par l'une des parties, qui y figurait;

Ou elle n'y a pas été représentée.

Dans le premier cas, si la chose jugée au profit de la partie, qui l'a représentée, peut lui *profiter*, la chose jugée contre cette partie, doit pouvoir *lui nuire ;*

Et, dans le second cas, la chose jugée, soit pour cette partie, soit contre elle, ne peut pas plus lui *profiter* que lui *nuire*.

Tels sont, en effet, les termes corrélatifs de la règle fondamentale de cette matière.

« Res inter alios judicata aliis *prodesse* nec *nocere* so-« let. » (Paul, l. 16, ff. *Qui pot. in pign.*)

Règle consacrée par notre article 1351, dont les termes absolus ne paraissent pas comporter la distinction sur laquelle cette théorie repose.

Aussi le mandat *ad litem* est-il donné, et doit-il être, à

notre avis, censé toujours donné pour plaider, avec les chances, bonnes ou mauvaises, de la lutte; de sorte que le mandant est représenté par son mandataire, non pas seulement lorsque celui-ci a gagné, mais encore lorsqu'il a perdu.

On objecte qu'il n'y a pas de mandat dans notre hypothèse.

Raison de plus encore! pour ne pas reconnaître cette présomption, qui n'est écrite dans aucun texte, du *mandat restreint*, d'où résulterait une si grande inégalité de situation judiciaire entre les parties!

Comment présumer, en effet, que l'une des parties engage le procès contre une autre, dans une telle condition, de manière à pouvoir être vaincue sans pouvoir vaincre?

Ce n'est pas détruire cette argumentation, que de répondre, ainsi qu'on l'a fait, que s'il n'y a pas eu mandat, il y a eu gestion d'affaires.

Gestion d'affaires! comme si c'était gérer l'affaire d'un autre que de soutenir un procès en son propre nom! comme si l'autre partie n'acceptait pas uniquement le combat judiciaire avec l'adversaire, qu'elle a en face d'elle, et non avec aucun autre!

2° Ajoutons que, cette doctrine étant une fois admise, elle ne manquerait pas de se généraliser, et qu'elle aboutirait à ce résultat de modifier profondément la règle essentielle de ce sujet. Il ne serait plus vrai de dire que la chose jugée ne peut ni profiter ni nuire aux tiers; il faudrait le plus souvent dire qu'elle peut leur profiter sans pouvoir leur nuire.

Il est facile de s'en convaincre, en voyant le grand nombre d'hypothèses auxquelles l'application en a été faite. C'est ainsi notamment que ses partisans décident qu'elle s'applique aux jugements rendus, avant l'événement de la condition, avec le propriétaire, dont le droit était soumis à une condition résolutoire, ou qui l'avait aliéné sous une condition suspensive; de sorte que celui

qui, par l'accomplissement de la condition, redevient ou devient propriétaire, peut invoquer de pareils jugements, lorsqu'ils lui sont favorables, sans qu'ils pussent lui être opposés, lorsqu'ils lui sont contraires.

Tels sont nos scrupules.

Sans méconnaître les avantages, que cette doctrine peut offrir, au point de vue de l'utilité pratique, puisqu'elle tend, en effet, à diminuer le nombre des contestations judiciaires, nous croyons pouvoir conclure, pour nous servir des expressions de Bonnier, qu'elle n'est pas conforme à *la rigueur des principes*. (Comp. notre *Traité des Servitudes*, t. II, n° 960; et le tome III de ce *Traité*, n° 631; Colmet de Santerre, t. V, n° 328 *bis*, XXIII; Griolet, p. 156; Laurent, *loc. supra cit.*)

371. — Voici un jugement, rendu au profit de l'un des créanciers d'une succession, qui déclare l'héritier déchu de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire et le condamne en qualité d'héritier pur et simple.

Ce jugement a-t-il l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres créanciers? et peut-il être invoqué par eux?

Question fort controversée sur l'article 800, que nous avons décidée négativement; nous ne pouvons que persister dans cette solution. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n°s 148 et suiv.)

Il faut d'ailleurs généraliser cette doctrine, et décider que, en principe, les jugements, qui reconnaissent ou attribuent à l'une des parties une qualité quelconque, n'ont, en effet, l'autorité de la chose jugée qu'entre les parties qui ont figuré dans l'instance, et leurs successeurs ou représentants, suivant le droit commun.

C'est ainsi qu'un jugement, qui, sur la demande d'un créancier, a attribué au débiteur la qualité de commerçant, n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres créanciers. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 491-492; Griolet, p. 163.)

372. — Il faut excepter, toutefois, les jugements, qui

ne sont pas déclaratifs d'un droit préexistant, mais constitutifs d'une nouvelle qualité, ou mieux encore d'un état nouveau.

C'est ainsi que le jugement, qui, sur la poursuite de l'un des créanciers, déclare la faillite d'un commerçant, a l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous (Cod. de comm., art. 440 et suiv.);

A la différence du jugement, purement négatif, par lequel la demande en déclaration de faillite, formée par l'un des créanciers, aurait été rejetée, et qui ne ferait pas obstacle à une nouvelle demande en déclaration de faillite de la part des autres. (Comp. Cass., 28 avril 1846; Rennes, 3 août 1868, Varuz, Dev., 1869, 2, 146; Cass., 19 juin 1876, Culot, Dev., 1876, I, 353.)

373. — A plus forte raison, en est-il ainsi, dans un ordre de principes plus général, des jugements constitutifs ou modificatifs de l'état des personnes; tel, par exemple, que le jugement, qui prononce l'interdiction d'une personne, ou la séparation de corps entre les époux.

Ces sortes de décisions ont évidemment l'autorité de la chose jugée *erga omnes;* et c'est pourquoi elles sont, le plus souvent, soumises à certaines conditions de publicité. (Cod. Napol., art. 501, 1445; Cod. de procéd., art. 865, 872, 880, 895; comp. notre *Traité de la Publication; — des Effets; —* et *de l'Application des lois en général,* t. I, n° 103.)

374. — Mais cette doctrine ne doit pas, suivant nous, être appliquée aux jugements, qui sont seulement déclaratifs de l'état des personnes.

Nous avons entrepris ailleurs de fournir cette démonstration, en examinant la célèbre théorie des contradicteurs légitimes dans les contestations relatives à l'état des personnes.

Nous ne pouvons que nous y référer. (Comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation,* n°s 307 et suiv.)

375. — Ajoutons, pourtant, que, en ce qui concerne la preuve, ou, comme on dit, l'*établissement* de la propriété, les jugements, quoiqu'ils ne soient alors aussi que déclaratifs, produisent, comme les conventions, leur effet, *primâ facie*, envers et contre tous.

Telle est la conséquence logique du caractère absolu, qui distingue le droit de propriété. (Comp. le tome VI de ce *Traité*, nos 286 et 296; Cass., 17 mars 1873, Hospice de Valence, Dev., 1874, I, 122; Bonnier, n° 877.)

III

QUEL EST L'EFFET DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE.

SOMMAIRE.

376. — Nous avons dû nécessairement, dans le cours des développements, qui précèdent, exposer les effets généraux de l'autorité de la chose jugée.

Il ne nous reste donc plus qu'à exposer quelques spécialités sur cette partie de notre sujet.

377. — Il arrive souvent encore aujourd'hui que l'on désigne l'autorité de la chose jugée sous le nom d'*exception de chose jugée*, comme si la décision judiciaire produisait seulement une exception au profit du défendeur, qui a obtenu gain de cause.

Mais *cette vieille expression*, dit Bonnier (n° 866), a été empruntée au Droit romain, où la chose jugée était, en effet, présentée par le défendeur comme une exception de nature à paralyser l'action, qui serait de nouveau intentée, et ne constituait, ainsi envisagée, qu'un pur moyen de procédure; et elle n'est plus d'une exactitude rigoureuse.

La vérité est que l'autorité de la chose jugée produit un effet direct au profit de celle des deux parties, qui l'a obtenue, et qu'elle peut être invoquée par voie d'action, comme par voie d'exception, soit par le demandeur, soit

par le défendeur, lorsqu'il a lui-même intérêt à en réclamer, par voie d'action, le bénéfice.

378. — Ce qui pourrait expliquer comment cette expression d'*exception de la chose jugée*, s'est toujours maintenue, c'est que la chose jugée doit être invoquée par la partie, qui entend s'en prévaloir, et qu'il n'appartient pas au juge de la suppléer d'office; voilà pourquoi Pothier la considérait comme une exception, de même nature, sous ce rapport, que la prescription (art. 2220; comp. le tome IV de ce *Traité*, nos 20-21).

Nous venons de poser, comme certaine, cette proposition, que le moyen déduit de la chose jugée ne peut pas être suppléé d'office par le juge; et nous la croyons telle en effet.

Objectera-t-on que le juge d'appel pourtant peut d'office suppléer le moyen ou l'exception résultant soit de ce que le jugement a été rendu en dernier ressort, soit de ce que les délais fixés pour l'appel, sont expirés.

Mais on sait que cette thèse est elle-même controversée sur l'un et sur l'autre point, et que, d'après des autorités considérables, ce pouvoir, au contraire, n'appartiendrait pas au juge. (Comp. Cass., 16 déc. 1846, Peyronnet, Dev., 1847, I, 194; Chauveau, sur Carré, quest. 1595 et 1612 *ter;* Conclusions de M. Nicias Gaillard, Dev., 1850, I, 417.)

En admettant d'ailleurs (ce que, pour notre part, en effet, nous croyons devoir admettre), que le juge d'appel puisse d'office suppléer l'exception de l'expiration du délai d'appel et du dernier ressort (comp. Cass., 29 mai 1850, Vidal, Dev., 1850, I, 436; Cass., 7 août 1849, Lugan, et 2 avril 1850, Larcher, Dev., 1850, I, 417; Cass., 10 janv. 1854, Huot, Dev., 1854, I, 135; Merlin, *Répert.*, v° *Appel;* et *Quest. de Droit*, § 9);

Il n'en résulte pas, à notre avis, que le juge puisse aussi d'office suppléer l'exception de la chose jugée.

Nous pourrions remarquer d'abord que la chose jugée

n'éteint pas l'obligation naturelle, dont le défendeur, qui a injustement obtenu gain de cause, continue certainement d'être tenu.

Premier motif, qui expliquerait pourquoi ce moyen ne peut pas être suppléé d'office.

Mais voici, suivant nous, la raison décisive de cette différence :

C'est que, dans le cas de l'exception soit du dernier ressort, soit de l'appel tardif, il ne s'agit que d'un point, dont la vérification est simple et facile : soit de l'examen du chiffre de la demande, soit de la supputation des délais ; ce qui permet au juge de reconnaître immédiatement son incompétence ;

Tandis que, dans le cas de l'exception de la chose jugée, il s'agit tout à la fois, dit justement la Cour suprême, d'un point de fait et d'un point de droit, dont l'appréciation peut offrir les plus graves difficultés sous le triple rapport de l'identité de la chose, de la cause et des personnes. (Comp. Cass., 7 juill. 1829, Sirey, 1829, I, 331 ; Cass., 1er déc. 1840, Isnard, Dev., 1840, I, 943 ; Cass., 8 juill. 1851, comm. de Brenod, Dev., 1852, I, 24 ; Cass., 16 nov. 1853, Courderc, Dev., 1854, I, 771 ; Cass., 25 juin 1877, ch. des requêtes, admettant le pourvoi contre un arrêt contraire de la Cour de Toulouse, du 29 avril 1876, Delmar, le *Droit* du 1er juillet 1877 ; Merlin, *Répert.*, v° *Chose jugée*, § 20 ; Toullier, t. V, nos 74-75 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 512 ; Larombière, t. V, art. 1351, n° 151.)

579. — C'est par le même motif que le moyen déduit de l'autorité de la chose jugée, qui peut être proposé soit en première instance, soit en appel, ne peut pas être proposée, au contraire, pour la première fois, devant la Cour de cassation.

Il y a là pourtant un moyen d'ordre public !

Oui, sous certains rapports, et notamment dans le principe de son institution ;

Mais non pas sous le rapport, qui nous occupe, et en tant que l'on prétendrait déférer d'office au juge l'examen du point de savoir si, en fait, dans telle ou telle espèce, l'autorité de la chose jugée existe avec toutes les conditions, que la loi y exige.

Cette exception, ainsi considérée, ne constitue, au contraire, qu'un moyen d'intérêt privé; d'où il faut conclure qu'il n'est pas proposable, pour la première fois, devant la Cour de cassation :

Soit par le demandeur, à l'appui d'un pourvoi fondé sur une violation alléguée de la chose jugée;

Soit par le défendeur, à l'effet de justifier le jugement ou l'arrêt attaqué;

Soit comme moyen déduit de ce que le jugement ou l'arrêt attaqué aurait mal à propos accueilli une exception de chose jugée. (Comp. Cass., 19 mars 1844, Dulac, Dev., 1844, I, 301; Cass., 28 nov. 1871, Giraud, Dev., 1872, I, 219; Cass., 30 mai 1874, Blanck, Dev., 1876, I, 352.)

380. — Très-différent est le cas où l'exception de chose jugée a été proposée, en première instance ou en appel, par l'une ou l'autre des parties.

Il est clair qu'il peut y avoir, dans ce cas, ouverture à cassation, pour violation de l'article 1351.

Et l'on sait, en effet, le grand nombre d'arrêts qui sont rendus par la Cour suprême, en cette matière. (Comp. art. 504 Cod. de procéd.)

381. — Ajoutons que la contrariété de deux jugements en dernier ressort donne ouverture à la requête civile en faveur de ceux qui y ont été parties ou dûment appelés, et dans les conditions déterminées par la loi; à savoir : lorsque ces jugements ont été rendus successivement entre les mêmes parties, et sur les mêmes moyens, dans les mêmes Cours ou Tribunaux.

Et ce qui est à remarquer, c'est que cette voie de la requête civile est ouverte, lors même que l'exception de

chose jugée, résultant du premier jugement, n'aurait pas été proposée dans le cours de la seconde instance. (Art. 480, 6°, Cod. de procéd.; comp. Cass., 12 avril 1817, Sirey, 1817, I, 262; Paris, 28 juill. 1826, Sirey, 1827, II, 140; Cass., 17 janv. 1838, D'Étruchat, Dev., 1838, I, 175.)

582. — Maintenant, qu'arrive-t-il, lorsque cette contrariété de deux jugements se produit?

Lequel, du premier ou du second, l'emporte et doit être exécuté?

La réponse est facile :

C'est le premier, qui l'emporte sur le second, si celui-ci est cassé ou rétracté par l'effet du pourvoi en cassation ou de la requête civile (comp. art. 501, 504 Cod. de procéd.; art. 6, tit. VI, part. I du Règlement de 1738; Merlin, *Quest. de Droit*, v^is *Contrariété de jugements*);

Et c'est le second, qui l'emporte sur le premier, si les parties n'ayant pas employé les voies extraordinaires de recours, le second jugement n'est plus susceptible d'être attaqué.

« D'après une jurisprudence constante, dit la Cour de cassation, le dernier arrêt fait irrévocablement la loi des parties, lorsqu'il n'a pas été attaqué dans le délai à compter de la signification faite à personne ou domicile, sans qu'on puisse se prévaloir d'aucun arrêt antérieur. » (27 juill. 1813, D., *Rec. alph.*, v° *Chose jugée*, n° 14.)

C'est que, en effet, les parties, par suite de leur silence et de leur inaction, doivent être présumées avoir, d'un commun accord, renoncé au premier jugement, pour s'en tenir au second. (Comp. Larombière, t. V, art. 1351, n° 157.)

583. — La partie, qui a obtenu gain de cause, pourrait-elle renoncer au bénéfice du jugement, pour introduire de nouveau la même demande, ou pour en revenir

à l'état de choses existant antérieurement,... *au statu quo ante bellum?*

Nous avons, par exemple, fait ensemble le partage d'une succession, qui nous était échue.

Sur votre demande, ce partage a été déclaré nul.

Mais ensuite vous me notifiez que vous renoncez au bénéfice de la chose jugée en votre faveur, et que vous entendez vous en tenir au partage, tel qu'il résultait de notre convention.

Y êtes-vous fondé?

Certainement non!

La chose jugée procède, avons-nous dit, d'un contrat, qui, dès le début de l'instance, se forme entre le demandeur et le défendeur;

Or, les contrats ne peuvent être révoqués que du consentement mutuel des parties (art. 1108, 1134);

Et il en doit être, évidemment, sous ce rapport, du contrat judiciaire comme du contrat volontaire.

Il fait donc la loi commune des parties, qui sont présumées s'en être réciproquement remises à la décision, qui sera prononcée par le juge.

Voilà la raison de droit.

La raison d'équité n'est pas moins péremptoire; car il ne serait pas admissible que la partie, qui a succombé, se trouvât à la discrétion de la partie, qui a réussi.

C'est vous, qui l'avez voulu! peut-elle lui dire; la chose jugée, que vous avez provoquée, est désormais un droit acquis pour moi comme pour vous. (Comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 532; Cass., 11 mai 1846, Deusey, Dev., 1846, I, 691; Cass., 22 avril 1850, Delaunay, Dev., 1850, I, 614; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 512; Larombière, t. V, art. 1351, n°s 148-149.)

384. — Les jurisconsultes romains décidaient que la chose jugée a pour effet d'opérer une novation dans le

rapport juridique, le droit ou l'obligation, dont elle déclare l'existence, et qu'il en résulte une obligation nouvelle, dont elle devient elle-même la cause :

« *Novatur judicati actione prior contractus.* » (L. 3 Cod., *de Usuris rei judic.*)

« .... *Non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem...; quæ ex causa judicati descendit....* » (L. 3, § 11, ff. *de Peculio.*)

Ils ajoutaient, toutefois, que cette novation a un caractère spécial, qui la différencie de la novation proprement dite, et que, loin d'éteindre l'obligation primitive, elle la confirme et la corrobore :

« *Neque enim,* disait Paul, *deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem.* » (L. 29, ff. *de Novationibus.*)

La doctrine romaine est toujours vraie en ce sens; et nous pouvons dire également que la chose jugée opère aussi, dans la doctrine française, cette espèce de novation spéciale, qui, tout en conservant l'obligation première et ses accessoires, y ajoute, pour l'améliorer, une obligation nouvelle et un nouveau titre; de sorte que, pour l'avenir, la chose jugée peut en être considérée comme la cause.

Et ce principe est vrai, avec les conséquences, que nous allons en déduire, quels que soient la cause et le caractère de l'obligation, que la chose jugée a consacrée, et en vertu de laquelle la condamnation a été prononcée; c'est précisément en cela que consiste cette *novation*, comme on l'appelle, et l'effet considérable, qui en résulte. (Comp. Cass., 6 déc. 1852, Hervé, Dev., 1853, I, 253; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 511; Larombière, t. V, art. 1351, n° 145.)

385. — L'effet considérable, disons-nous, qui en résulte, c'est :

1° Qu'elle communique la force exécutoire au droit, dont elle déclare l'existence (art. 547 Cod. de procéd.);

2° Qu'elle le munit d'une hypothèque générale (art. 2123 Cod. Napol.);

3° Qu'elle le soumet désormais à la prescription de trente ans (art. 2262), lors même que l'obligation sur laquelle elle a statué, aurait été soumise à une prescription plus courte, comme, par exemple, à la prescription de cinq ans. (Comp. l'article 189 du Code de commerce, qui ne fait évidemment qu'appliquer aux lettres de change un principe de droit commun.)

386. — Nous pouvons, en dernière analyse, résumer les effets de l'autorité de la chose jugée, en rappelant qu'elle est essentiellement :

1° Irrévocable;

2° Relative.

387. — 1° Cette irrévocabilité, cette immutabilité, qui la caractérise, constitue, au profit des parties, un droit acquis!

Et elle ne saurait, dès lors, recevoir aucune atteinte pas plus du Pouvoir législatif que du Pouvoir judiciaire.

C'est ainsi que l'autorité de la chose jugée s'oppose à l'application d'une loi même seulement interprétative, postérieure au jugement;

Et cela, lors même qu'il serait évident que ce jugement contient une fausse application ou une violation de la loi interprétée; on ne pourrait, en cas pareil, appliquer la loi interprétative, sans lui donner un effet rétroactif. (Art. 2; comp. notre *Traité de la Publication; — des Effets; — et de l'Application des lois en général*, etc., nos 119 et suiv.; Merlin, *Questions de Droit*, v° *Chose jugée*, § 8.)

388. — Encore moins, la chose jugée peut-elle être modifiée par le pouvoir judiciaire.

Quelle qu'elle soit, lors même qu'elle contiendrait manifestement une erreur de droit ou de fait, ou qu'elle consacrerait une flagrante iniquité, elle est irréformable, dès que toutes les voies, que la loi ouvrait aux parties pour la réformation, sont fermées.

Et cette irrévocabilité commence, pour le juge, dès le moment où il a prononcé sa décision; car, à ce moment même, son pouvoir s'épuise; et il cesse d'être juge!

« .... *Semel enim, benè seu malè, officio functus est....* » (L. 55, ff. *de Re judic.*)

La décision est rendue, bien ou mal; mais elle est rendue une fois pour toutes, irréparablement; et désormais, cette décision, telle qu'elle résulte du dispositif, ne peut recevoir aucun changement, aucune modification ni en plus, ni en moins, ni autrement. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Jugement*, § 111, n° 4; Toullier, t. V, n° 128; Larombière, t. V, art. 1351, n° 161.)

389. — Il est important de maintenir ce principe.

Non! il ne peut, en aucun cas, arriver que le juge, une fois dessaisi par la prononciation de sa décision, ait le pouvoir de la changer, de la modifier dans son dispositif, dans sa substance.

Et nous ajoutons : ni même de la compléter, en voulant, après coup, réparer les omissions de statuer, qu'il aurait commises! (Comp. Cass., 28 avril 1852, de Couesnon, Dev., 1852, I, 444.)

Seulement, voici ce qui est vrai :

C'est que le juge, le Tribunal ou la Cour, qui a rendu la décision, peut être saisi de nouveau :

Soit à l'effet de corriger une erreur de calcul ou une erreur matérielle de rédaction ;

Soit à l'effet d'interpréter une rédaction obscure ou ambiguë.

390. — Que l'erreur de calcul puisse être réparée, cela est d'évidence; c'est là, en effet, une erreur matérielle, dont la rectification, qui ne s'attaque pas au fond même du droit, est raisonnable ou plutôt même nécessaire!

Aussi, cette règle a-t-elle été, de tout temps, admise.

«.... *Errorem calculi veritati non afferre præjudicium*

sæpè constitutum est..., » porte la loi 1 au Code. (*De Errore calculi.*)

Et la loi 1, *de Sententiis quæ sine appellatione rescinduntur*, en faisait une application incontestable. Le juge a décidé que Titius doit à Seius, d'un premier chef, 50, et d'un autre chef, 25; et, en conséquence, il a condamné Titius à payer 100 à Seius; l'erreur est manifeste; et elle pourra être réparée.... *sine appellatione,* par le juge, qui a rendu ce jugement.

Tel était aussi notre ancien Droit français. (Comp. l'article 21 du titre XXIX de l'Ordonnance de 1667.)

Et la même disposition se retrouve dans l'article 541 du Code de procédure, qui est ainsi conçu :

« Il ne sera procédé à la révision d'aucun compte, sauf aux parties, s'il y a erreurs, faux ou omissions, doubles emplois, à en former leurs demandes devant les mêmes juges. »

Enfin, aux termes de l'article 2058 du Code Napoléon :

« L'erreur de calcul, dans une transaction, doit être réparée. »

Nouvelle assimilation des effets du contrat judiciaire avec le contrat volontaire. (Comp. cass., 21 janvier 1857, D., 1857, I, 360; Cass., 21 nov. 1876, Renaud, Dev., 1876, I, 411.)

M. Griolet remarque d'ailleurs aussi très-justement que l'erreur de calcul elle-même, pour être réparable, doit seulement se trouver *dans le jugement,* et qu'elle serait, au contraire, irréparable, si elle avait été l'*objet du jugement* (p. 171; Paris, 24 nov. 1877, Siéyès, le *Droit* du 10 janvier 1878).

591. — Nous avons dit, en second lieu, que le juge peut être saisi de nouveau et connaître encore de l'affaire qu'il a déjà jugée, lorsqu'il s'agit seulement d'interpréter ce qu'il peut y avoir d'obscur ou d'ambigu dans son jugement.

Interpréter, en effet, ce n'est pas disposer, ni changer, ni modifier; c'est déclarer, c'est maintenir purement et simplement ce qui a été décidé par la chose jugée, en la rendant plus claire et d'une exécution plus facile. (Comp. Cass., 10 juillet 1817, Sirey, 1818, I, 344; Cass., mars 1842, de Poleresky, Dev., 1842; 1, 352.)

392. — Mais il faut, bien entendu, pour que ce pouvoir d'interprétation appartienne au juge, que la rédaction du dispositif présente, en effet, de l'obscurité ou de l'ambiguïté.

Il ne suffirait même pas que les qualités et les motifs du jugement pussent être invoqués pour démontrer l'existence alléguée d'une erreur, si le dispositif lui-même, clair et précis, ne prêtait à aucune espèce d'équivoque. (Comp. Bordeaux, 27 février 1856, Darrieux, Dev., 1856, II, 636.)

« Attendu, dit fort justement la Cour supême, que les pouvoirs du juge sont épuisés, quand il a prononcé sa décision, et que désormais il ne lui appartient plus d'y rien ajouter comme d'en rien retrancher; — Que l'interprétation, destinée uniquement à éclaircir une rédaction obscure ou ambiguë, ne peut, en aucun cas, servir de prétexte à la violation de ce principe.... » (28 avril 1852, de Couesnon, Dev., 1852, I, 144.)

393. — Ajoutons qu'il est nécessaire que les moyens: soit de rectification, dans le cas d'erreur, soit d'interprétation, dans le cas d'obscurité, se trouvent dans le jugement lui-même, auquel on impute cette erreur ou cette obscurité. (*Supra*, n° 389.)

C'est que, en effet, le juge y est renfermé, ne pouvant pas plus en sortir pour corriger l'erreur ou l'obscurité, que pour la constater. (Comp. Larombière, t. V, art. 1351, n° 161.)

394. — 2° La chose jugée est aussi, avons-nous dit, essentiellement relative. (*Supra*, n° 386.)

Cette *relativité*, comme on l'appelle, est, en effet, l'un

de ses traits les plus caractéristiques; et nous y avons particulièrement insisté, en traitant de l'*identité des personnes,* qui en est l'une des conditions les plus élémentaires.

Pourquoi dès lors y revenir?

C'est qu'il nous reste à la défendre contre une objection redoutable, qui va se dresser contre elle, et que nous n'avons pas encore abordée.

Aux termes de l'article 474 du Code de procédure :

« Une partie peut former tierce opposition à un jugement, qui préjudicie à ses droits, et lors duquel, ni elle, ni ceux qu'elle représente, n'ont été appelés. »

Mais comment donc!

Si la partie n'a été ni appelée, ni représentée, le jugement est, en ce qui la concerne, *res inter alios judicata;* et, aux termes de l'article 1351, son droit le plus évident est de repousser péremptoirement l'application que l'on prétendrait lui faire d'une chose jugée, à l'égard de laquelle elle est absolument un tiers... *penitus extraneus!*

Pourtant, c'est bien de ce tiers, que l'article 474 du Code de procédure dispose qu'il peut former tierce-opposition au jugement.

Mais, vraiment, qu'en a-t-il besoin, si ce jugement ne saurait lui être opposé ni *préjudicier à ses droits!*

L'antinomie paraît donc flagrante, entre l'article 1351 du Code Napoléon et l'article 474 du Code de procédure.

395. — Comment la résoudre?

Ce sujet appartient moins sans doute à l'explication du Code Napoléon qu'à l'explication du Code de procédure, dans lequel, en effet, le législateur a posé les règles de la *Tierce-opposition;* aussi, la plupart des jurisconsultes, qui ont écrit sur le Code Napoléon, se sont-ils abstenus d'y entrer.

Notre dessein ne saurait être non plus de fournir le commentaire de cette voie extraordinaire de recours contre les jugements; et ce serait un hors-d'œuvre que

de nous engager dans les longues et vives controverses, dont elle a été, depuis bien longtemps, l'objet.

Toutefois, il nous paraît nécessaire de délivrer l'article 1351, qui est bien le nôtre, l'un de nos plus importants, de le délivrer, disons-nous, de cette étreinte dans laquelle nous venons de le voir si étroitement serré!

Plusieurs interprétations ont été proposées pour concilier les dispositions de l'article 1351 du Code Napoléon et de l'article 474 du Code de procédure.

396. — *a.* — Faut-il mentionner d'abord celle qui consiste à dire que l'article 474, en présence de l'article 1351, n'est susceptible d'aucune application, et que la tierce-opposition est toujours inadmissible, excepté seulement dans le cas (pourra-t-il jamais se présenter!) où le jugement aurait été rendu contre une personne, qui n'aurait pas été appelée? (Comp. Chauveau, t. IV, p. 266.)

Oh! sans doute, l'article 1351 est sauvé dans cette théorie; mais l'article 474 est perdu, et avec lui, tout le titre de la tierce-opposition!

Ce n'est pas la conciliation des deux textes; c'est l'abolition de l'un d'eux!

397. — *b.* — D'après une autre théorie, au contraire, la tierce-opposition est toujours nécessaire de la part de la personne, à laquelle on oppose un jugement dans lequel elle n'a été ni partie, ni représentée; et l'article 474 du Code de procédure est la mise en œuvre indispensable de l'article 1351.

Tel est le système, qui a été présenté par Proudhon (*de l'Usufruit*, nos 1284 et suiv.).

Il était à peu près abandonné, lorsque M. Naquet a, dans ces derniers temps, entrepris, dit-il, de le *rajeunir* (*Revue critique*, 1872-1873, t. II, p. 351 et suiv., et p. 420 et suiv.).

Mais si intéressante que soit la dissertation de notre savant collègue, nous ne pensons pas qu'il y ait réussi.

Et ce second système nous paraît plus inadmissible encore que le premier !

Nous n'avons pas voulu consentir à sacrifier l'article 474 à l'article 1351 ; encore moins, consentirions-nous à sacrifier l'article 1351 à l'article 474 !

Or, le système de Proudhon ne fait pas autre chose.

Comment ! il me faudrait employer la voie de la tierce-opposition, pour repousser un jugement, lors duquel je n'aurais été ni partie, ni représenté !

Il faudrait me constituer demandeur pour prouver.... quoi ? que je suis un tiers, et perdre ma position de défendeur, dans laquelle je n'ai rien à prouver (art. 1315).

Voilà bien, pour cette fois, l'abolition de l'article 1351, qui dispose que l'autorité de la chose jugée *n'a lieu....* qu'autant que la demande est *entre les mêmes parties et formée, par elles et contre elles*, *en la même qualité.*

Tandis que, tout au contraire, l'article 474 n'ouvre la voie de la tierce-opposition, qu'à ceux, *qui n'ont été ni parties ni représentés.*

Dans quel cas l'article 1351 m'est-il applicable ?

Quand j'ai été partie ou représenté.

Dans quel cas l'article 474 m'est-il applicable?

Quand je n'ai été ni partie ni représenté.

Et on prétend que l'un de ces articles serait au service de l'autre, pour en procurer l'application;

Deux articles, qui statuent sur des cas tout à fait dissemblables !

On ne saurait les dénaturer plus complétement l'un et l'autre.

La question, que soulève l'article 1351, est une question d'interprétation, à savoir : si ce jugement s'applique ou ne s'applique pas à telle personne.

Tout autre est la tierce-opposition, que soulève une question de réformation du jugement. (*Des Voies extraordinaires pour attaquer les jugements*, liv. II du Code de procédure).

598. — *c.* — Voici un troisième système, qui, celui-ci! ne veut sacrifier ni l'article 474 à l'article 1351, ni l'article 1351 à l'article 474.

La partie a le choix, dit-il, entre l'un et l'autre.

En d'autres termes, la tierce-opposition est une voie facultative.

L'article 474 dit bien qu'une partie *peut* former tierce-opposition à un jugement, qui préjudicie à ses droits, et lors duquel ni elle, ni ceux qu'elle représente, n'ont été appelés; mais il ne dit pas qu'elle soit tenue de recourir à cette voie.

C'est le système de Merlin. (*Répert.*, v° *Tierce-opposition*, § 6.)

Mais, malgré cette autorité si considérable, nous ne pensons pas qu'il faille hésiter non plus à le déclarer inadmissible.

Il est clair, en effet, que si ce système était vrai, la tierce-opposition deviendrait immédiatement une voie de recours purement théorique, sans aucune application pratique.

Où donc est-il le plaideur, qui consentirait à abandonner son rôle de défendeur; — à s'exposer à une amende, plus considérable que celle du fol appel; — à se voir distrait de ses juges naturels; — et, si c'est contre un arrêt qu'il se pourvoit, à se présenter *de plano* devant le juge du second degré (comp. art. 471, 475 à 479, Code de procéd.);

Quand il pourrait, au contraire, par une simple dénégation péremptoire, repousser, comme défendeur, sans aucun péril, l'autorité de la chose jugée, qu'on lui oppose!

Est-il raisonnable de supposer que le législateur ait ouvert à la partie ces deux voies parallèles : l'une, très-simple, très-facile; — l'autre, très-difficile, très-périlleuse!

Évidemment non, suivant nous.

De sorte que, dans ce système aussi, finalement, l'un des articles est sacrifié à l'autre, l'article 474 à l'article 1351.

399. — *d.* — Reste le système, d'après lequel la tierce-opposition est nécessaire dans certains cas seulement, afin d'obtenir un résultat, que la partie ne pourrait pas obtenir avec le secours de l'article 1351.

Or, il existe deux cas, dans lesquels, en effet, une partie peut se trouver dans la nécessité de former tierce-opposition à un jugement, lors duquel ni elle, ni ceux qu'elle représente, n'ont été appelés ; à savoir :

1° Lorsque les créanciers prétendent que ce jugement a été rendu par suite d'une collusion frauduleuse de leur débiteur avec son prétendu adversaire ;

2° Lorsqu'une partie veut prévenir le préjudice que l'exécution du jugement lui causerait, ou obtenir la réparation du préjudice, que cette exécution lui a causé.

400. — 1° La règle est sans doute que les créanciers sont les ayants cause de leur débiteur, et que celui-ci les représente, dans *les contrats judiciaires,* comme dans *les contrats volontaires* (art. 1166).

Mais, réciproquement aussi, dans les contrats judiciaires comme dans les contrats volontaires, le débiteur cesse de représenter ses créanciers, lorsqu'il se sépare d'eux, au contraire, en commettant une fraude à leur préjudice (art. 1167).

Suffirait-il, en ce cas, aux créanciers, pour se garantir de ce préjudice, d'invoquer l'article 1351 ?

Évidemment non !

Car ce n'est pas contre eux, ni sur leurs biens personnels, que l'exécution du jugement sera poursuivie ; et ils n'auront pas à repousser l'autorité de la chose jngée, par la raison bien simple qu'elle ne leur sera pas opposée.

Il fallait donc leur subvenir spécialement et que le législateur mît à leur service un moyen pour faire rétracter ce jugement, qui leur préjudicie.

Or, précisément, ce moyen, c'est la tierce-opposition, qui n'est autre pour les créanciers du plaideur *fraudator*, que l'action Paulienne révocatoire, appliquée aux jugements; de sorte qu'il existe, sous ce rapport, une exacte corrélation entre l'article 1167 du Code Napoléon et l'article 474 du Code de procédure.

401. — Nous trouvons une application certaine de cette théorie dans l'article 873 du Code de procédure, au titre *de la Séparation de biens*, qui est ainsi conçu :

« Si les formalités prescrites au présent titre ont été « observées, les créanciers du mari ne seront plus reçus, « après l'expiration du délai, dont il s'agit dans l'article « précédent, *à se pourvoir par tierce-opposition contre le « jugement de séparation.* »

D'où il suit que, dans le cas contraire, ils seront reçus à se pourvoir par tierce-opposition.

Et voilà, en effet, ce que décide expressément aussi l'article 1447 du Code Napoléon :

« Les créanciers du mari peuvent se pourvoir contre « la séparation de biens prononcée et même exécutée en « fraude de leurs droits.... »

402. — Ce n'est là, d'ailleurs, bien entendu, qu'un exemple.

Et il est évident que l'article 873 n'est qu'une application démonstrative, et nullement limitative, de la tierce-opposition dans le premier cas, que nous examinons.

Il faut donc appliquer cette théorie à tous les cas où le tiers, non représenté lors du jugement, est créancier de la partie, qui a succombé.

403. — 2° Le second cas, avons-nous dit, où un tiers peut se trouver dans la nécessité de recourir à la tierce-opposition, est celui où ce mode de procéder a pour but de prévenir le préjudice que lui causerait l'exécution du jugement, ou d'obtenir la réparation du préjudice, que cette exécution lui a causé.

Pierre et Paul sont copropriétaires par indivis du fonds A.

Jules a exercé, contre Pierre seulement, une action confessoire, à l'effet de faire déclarer l'existence d'une servitude, passive au profit du fonds B, qui lui appartient, sur le fonds A; Pierre a seul, en effet, figuré au procès; et il l'a perdu.

Quelle est la position de Paul, son copropriétaire?

C'est bien contre lui, cette fois, et sur un bien qui lui appartient, que l'exécution du jugement sera poursuivie. Jules, en le faisant exécuter contre Pierre, le fera nécessairement, du même coup, exécuter contre Paul, puisque la chose, qui en fait l'objet, est indivisible.

L'article 1351 suffira-t-il, en cas pareil, à Paul pour repousser l'autorité de la chose jugée?

Non plus!

Car ce n'est pas à lui, directement et personnellement, que Jules oppose le jugement; c'est seulement à Pierre, contre qui il a été rendu.

Or, il ne saurait appartenir à Paul d'arrêter, par sa seule dénégation, l'exécution d'un ordre de justice, en tant qu'elle est poursuivie contre la partie elle-même, qui a succombé.

Et voilà comment aussi, dans ce second cas, l'article 474 prête au tiers un secours, que ne lui prêterait pas l'article 1351.

L'espèce de la copropriété indivise d'un immeuble, que nous venons de présenter, n'est aussi, bien entendu, pour ce second cas, qu'un exemple.

Et il faudrait appliquer la même théorie, à tous les cas semblables. (Comp. Cass., 24 avril 1844, Martinet, Dev., 1845, I, 33.)

On peut en voir plusieurs exemples encore dans le livre de Boitard, qui a particulièrement insisté sur ce sujet (t. II, p. 83-84; et Colmet-Daage, *h. l.*; comp. en sens divers, Cass., 11 mai 1840, Pingot, Dev., 1840, I, 719;

Colmar, 12 janv. 1842, D., 1844, II, 66; Cass., 19 mars 1844, Dev., 1844, I, 306; Cass., 24 avril 1844, Dev., 1845, I, 35; Cass., 22 mai 1865, D., 1865, I, 473; Cass., 22 août 1871, D., 1871, I, 136; Bonnier, *Éléments de procéd. civ.*, p. 449; Rodière, *Cours de compét. et de procéd.*, t. II, p. 148; Marcadé, art. 1351, n° 14; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Tierce-opposition*, n° 13.)

404. — Nous venons de conclure que la tierce-opposition, qui est inutile dans tous les cas où l'article 1351 suffit au tiers pour repousser la chose jugée, qu'on lui oppose, est nécessaire dans les cas où cet article ne lui suffit pas.

D'après une autre théorie, la tierce-opposition serait tantôt *facultative*, tantôt *obligatoire*.

Il nous paraît difficile de justifier cette distinction.

Veut-on dire que le tiers, lorsqu'il peut invoquer l'article 1351, pourra invoquer aussi l'article 474?

Mais à quoi bon? c'est la théorie de Merlin, que nous avons entrepris de réfuter (*supra*, n° 398). La tierce-opposition est alors un recours tout à fait inutile. (Comp. Cass., 11 mai 1840, Pingot, Dev., 1840, I, 719.)

Et dans le cas où la tierce-opposition est nécessaire au tiers, pour se garantir du préjudice que le jugement lui cause, si on veut dire qu'il lui est facultatif de la former, c'est là une vérité d'évidence, mais qui ne modifie, en aucune façon, la théorie elle-même.

L'article 474 porte qu'une partie *peut* former tierce-opposition....

Sans doute!

Et il en est ainsi de toutes les voies, ordinaires ou extraordinaires, que la loi ouvre contre les jugements.

Elle les offre aux parties.

Et celles-ci sont toujours libres d'y recourir ou de n'y pas recourir.

APPENDICE.

QUELLE EST L'INFLUENCE, AU CIVIL, DE LA CHOSE JUGÉE AU CRIMINEL.

SOMMAIRE.

405. — La thèse, que nous abordons, pourrait être posée en deux termes corrélatifs :

Quelle est l'influence, au civil, de la chose jugée au criminel?

Et, réciproquement, quelle est l'influence, au criminel, de la chose jugée au civil?

Mais cette seconde partie appartient à l'étude du Droit criminel; et les questions, qu'elle fait naître, ne s'élèvent, que devant les tribunaux de justice répressive.

Or, nous traitons du Droit privé; et nous sommes devant les tribunaux civils.

Ce qui a trait au Droit criminel est donc en dehors de notre plan, déjà lui-même si vaste!

406. — Rappelons seulement que, en principe, les jugements rendus au civil, n'ont pas l'autorité de la chose jugée au criminel, et que l'action publique demeure intacte devant le tribunal criminel, quelle que soit la décision qui ait pu être rendue, sur l'action privée, par le tribunal civil.

Le jugement rendu, au civil, a l'effet d'une transaction; il éteint l'action civile, mais il n'éteint pas l'action publique. (Art. 2046; comp. Cass., 20 févr. 1847, Ratton, Dev., 1847, I, 367; Cass., 16 mai 1876, Fouque, Dev., 1876, I, 312.)

Les considérations d'ordre social, qui ont fait instituer

la juridiction criminelle, exigeaient, en effet, que le législateur lui assurât une complète indépendance, et que l'action du ministère public ne fût point paralysée par les décisions rendues en matière civile.

Les parties d'ailleurs sont différentes dans l'une et dans l'autre action; et différents en sont aussi la cause et l'objet.

Voilà comment le jugement, qui a déclaré, au civil, qu'un dépôt allégué n'avait pas eu lieu, ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action publique pour violation de dépôt (comp. Limoges, 14 nov. 1844, Minist. public, Dev., 1845, 2, 177);

Comment aussi l'individu, qu'un jugement, au civil, a déclaré n'être pas en faillite, peut être néanmoins poursuivi et condamné pour banqueroute simple ou frauduleuse (comp. Cass., 6 mars 1857, Ortelzberger, Dev., 1857, I, 636);

De même que, réciproquement, le jugement au civil, qui a déclaré qu'un individu était en faillite, n'empêche pas que, au criminel, sur la poursuite en banqueroute, sa qualité de commerçant soit contestée et débattue. (Comp. Cass., 23 mai 1827, Sirey, 1828, I, 188; Paris, 27 mai 1836, D., *Rec. alph.*, n° 534; Merlin, *Répert.*, v° *Chose jugée*, § XV; Toullier, t. V, n° 30, et t. X, n° 244; Faustin Hélie, t. III, p. 667 et suiv.; Bonnier, n° 906; Griolet, p. 525.)

407. — Tel est, disons-nous, le principe, d'où est venu l'adage : *Le criminel tient le civil en état* (art. 3 Cod. d'instruct. crim.).

Il faut excepter toutefois certaines questions préjudicielles, pour lesquelles, au contraire, c'est le civil qui tient le criminel en état. (Art. 326, 327 Cod. Nap.; art. 182 Code forestier; art. 34 et 37 de la loi du 5 juill. 1844, sur les brevets d'invention; Cass., 8 août 1857, Gautrot, Dev., 1857, I, 632; Cass., 13 avril 1867, Simon., Dev., 1867, I, 341; comp. notre *Traité de la Paternité et de la*

Filiation, nº 269 ; Merlin, *loc. supra cit.*, et *Quest. de Droit*, vº *Faux*, § VI ; Mangin, nºs 418 et suiv. ; Bonnier, nº 907 ; Larombière, t. V, art. 1351, nº 166.)

408. — Mais revenons à la première partie de cette thèse, qui seule est ici la nôtre ; et recherchons quelle est l'influence, au civil, de la chose jugée au criminel.

Paul a été traduit, devant la Cour d'assises, comme accusé d'un crime, de tentative d'assassinat, par exemple.

S'il a été condamné, Pierre, la partie lésée, pourra-t-il, pour l'exercice de son action civile en dommages-intérêts, soutenir que cet arrêt de condamnation a l'autorité de chose jugée en sa faveur? — ou Paul, au contraire, pourra-t-il soutenir que cet arrêt est, à l'égard de Pierre, *res inter alios judicata?*

Réciproquement, si Paul a été acquitté, l'arrêt aura-t-il contre Pierre, au civil, l'autorité de la chose jugée? ou Pierre, de son côté, pourra-t-il soutenir qu'il est, pour lui, *res inter judicata?*

Cette question a été, pendant longtemps, très-vivement agitée, et très-diversement résolue dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Trois systèmes principaux ont été produits :

A. — Le premier, qui est celui de Merlin, soutient que le jugement rendu au criminel, a, dans tous les cas, l'autorité de la chose jugée au civil.

En effet, dit-il, les trois conditions constitutives de la chose jugée, d'après l'article 1351, s'y trouvent réunies :

L'*identité d'objet;* — car le but de l'action civile, aussi bien que de l'action publique, est la réparation du dommage causé par le fait délictueux. Il est vrai que l'objet de la réparation n'est pas, dans les deux cas, le même ; mais malgré la différence de leurs *objets directs*, les deux procès sont censés, aux yeux de la loi, avoir le même *objet fondamental.*

L'*identité de cause ;* — car la base des deux actions est

le fait délictueux punissable et dommageable, qui a été commis.

L'*identité des parties;* — car le ministère public, étant le représentant de la société entière, poursuit les affaires criminelles aux risques, périls et fortune de tous les intéressés, et par conséquent aussi de la partie civile, qui est elle-même représentée par lui. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Chose jugée*, § XV; v° *Non bis in idem; Quest. de Droit*, v° *Faux*, § XVI.)

B. — D'après le second système, qui est celui de Toullier, la chose jugée au criminel n'a, au contraire, dans aucun cas, au civil, l'autorité de la chose jugée.

Bien loin, dit-il, que les conditions requises par l'article 1351 s'y trouvent réunies, il y en a deux sur trois qui font défaut :

Point d'identité d'objet; — car la poursuite, au criminel, a pour objet l'application d'une peine; tandis que la demande, au civil, a pour objet une indemnité pécuniaire.

Point d'identité de personnes; — car, au criminel, c'est le ministère public qui agit; tandis que, au civil, c'est la partie lésée; et ce n'est pas sérieusemnet qu'on objecte que le ministère public représente cette partie au criminel, comme tous les autres membres de la société. — Oui, sans doute, il la représente, en sa qualité de membre de la société, intéressé à la répression du délit; mais il ne la représente pas en ce qui touche ses intérêts particuliers, qui sont distincts des intérêts généraux; de même que les intérêts particuliers d'un associé, dans toute société, sont distincts des intérêts sociaux. Est-ce que le ministère public pourrait, au nom de la partie civile, demander lui-même la réparation pécuniaire du dommage causé? non sans doute. « Étrange représentant, dit Toullier, que celui, qui n'a point et ne peut pas même recevoir le mandat du représenté, ni prendre des conclusions pour lui! »

Ce n'est, en effet, que dans le cas exceptionnel de l'article 200, que le ministère public a qualité pour prendre des conclusions à fins civiles. (Comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 411.)

Quant à l'identité de cause, Toullier semble bien admettre qu'elle existe, en effet, pour l'action publique comme pour l'action civile dans le fait matériel du corps du délit.

Et, toutefois, nous croyons, pour notre part, qu'il aurait pu, et que même il aurait dû, dans son système, ne pas faire cette concession. Si le fait matériel est la source commune de l'une et de l'autre action, ce fait n'est pas considéré, sous le même point de vue, au criminel et au civil. Il arrive souvent, en effet, que sans pouvoir être une cause de condamnation pénale au criminel, il peut être une cause de condamnation pécuniaire au civil. (Comp. Toullier, t. V, n°s 30 et suiv., et t. X, n°s 240 et suiv.)

C. — Enfin, le troisième système enseigne que le jugement rendu, au criminel, a l'autorité de la chose jugée au civil, dans tous les cas et seulement dans les cas où ce jugement déclare, d'une manière formelle, affirmativement ou négativement, l'existence ou la non-existence du fait délictueux, la culpabilité ou la non-culpabilité de l'accusé ou du prévenu.

409. — On vient de voir que les deux premiers systèmes se fondent sur l'article 1351, et qu'ils considèrent que c'est ce texte, qui doit servir à la solution de notre thèse.

C'est leur prémisse commune.

Mais ils ne tardent pas à se diviser; et les conclusions, que chacun d'eux en tire, sont, en effet, radicalement contraires !

La lutte a même été très-vive, sur ce terrain, entre les représentants illustres de ces deux systèmes.

Qu'en est-il advenu?

Ce dénoûment singulier, que chacun d'eux a réussi seulement à prouver que l'autre avait tort, sans prouver qu'il avait lui-même raison, et qu'ils se sont finalement entre-détruits, tous les deux, à la fois, vainqueurs et vaincus.

Rien, en effet, ne saurait mieux prouver que le spectacle de cette controverse, combien l'article 1351 est peu fait pour la résoudre ; et il est permis d'affirmer que c'est à elle surtout, qu'est dû l'avénement du troisième système, qui consiste précisément à l'en écarter.

410. — Ce dernier système a eu pour promoteurs, dans la doctrine, MM. Aubry et Rau et Marcadé. Il y est aujourd'hui à peu près unanimement enseigné; et c'est aussi celui que la jurisprudence paraît devoir consacrer définitivement.

Nous sommes, pour notre part, depuis longtemps dans les rangs de ceux qui le défendent; et nous espérons pouvoir démontrer qu'il est, en effet, le seul vrai.

Cette démonstration résulte, à notre avis : — soit des principes essentiels de l'organisation judiciaire; — soit des conséquences intolérables, auxquelles les deux premiers systèmes sont fatalement entraînés ; — soit enfin des textes mêmes de la loi, qui en consacrent l'application :

1° Et d'abord, que l'article 1351 ne puisse pas fournir la solution de notre thèse, c'est une proposition, qui nous paraît évidente.

L'article 1351, par la place qu'il occupe dans le Code Napoléon, par ses termes mêmes, et par les conditions qu'il exige, implique certainement cette idée que la chose jugée, dont il s'agit, est invoquée devant un tribunal appelé à juger des questions de même nature, dans le même ordre d'intérêts, que le tribunal, qui a déjà statué, et qui aurait pu être, en effet, appelé aussi à juger la même question, sur laquelle *la chose jugée* a prononcé; il suppose, en un mot, l'identité de juridiction entre le premier

tribunal, qui a déjà jugé la question, et le second tribunal, que l'on vient en saisir; et ce qu'il veut empêcher, c'est que ces deux tribunaux jugent la même question, au même point de vue, et dans les mêmes conditions.

Or, tout autre est notre hypothèse!

Le Tribunal civil, devant lequel on produit un jugement du Tribunal criminel, n'est pas appelé et ne pourrait pas être appelé à juger la même question, qui a été jugée déjà par le Tribunal criminel; il y a là deux ordres différents de juridiction et de compétence;

Donc, nous ne sommes plus dans les termes ni dans la prévision de l'article 1351.

Donc, le moyen de solution n'est point là ; il est ailleurs et plus haut! dans les principes essentiels, qui président à l'organisation des pouvoirs judiciaires et à la séparation des divers ordres de juridiction.

Or, deux principes, parallèles et corrélatifs, gouvernent, à ce point de vue, le système tout entier de notre organisation judiciaire :

D'une part, les tribunaux criminels sont, exclusivement à toute autre juridiction, compétents pour décider : 1° si le fait délictueux a été commis, c'est-à-dire s'il existe *un corps de délit*; 2° si ce fait a été commis par l'accusé ou le prévenu; 3° s'il a été commis, par lui, avec une intention punissable, constitutive d'un délit de droit criminel; 4° s'il est de nature à motiver l'application d'une pénalité décrétée par la loi.

Les décisions rendues sur ces questions par les tribunaux criminels, ont, en conséquence, au civil, l'autorité de la chose jugée.

D'autre part, en sens inverse, les tribunaux criminels ne sont point, en général (sauf le cas de l'intervention de la partie civile, sur lequel nous allons revenir), compétents pour statuer, au point de vue de la loi civile, sur l'existence et le caractère des faits, qui leur sont déférés.

Ces faits ont-ils le caractère d'un délit de droit civil,

ou d'un quasi-délit, ou d'un acte quelconque susceptible de produire, sous les rapports civils, des conséquences légales? — Ont-ils été commis par la partie, à laquelle on les impute, dans des circonstances de nature à engendrer, soit une action en dommages-intérêts, soit une action en nullité, ou une exception, ou une réclamation quelconque d'intérêt civil?

Toutes ces questions demeurent réservées, après la décision rendue par les tribunaux criminels.

2° Et il faut bien qu'il en soit ainsi!

Qui ne voit, en effet, les conséquences intolérables, qui résulteraient des deux systèmes contraires, que nous avons exposés.

Comment! il serait possible de faire déclarer, devant un tribunal civil, l'innocence d'un homme, qui aurait été condamné par la Cour d'assises et qui aurait péri sur l'échafaud! c'est pourtant à cette conséquence que le système de Toullier conduit.

Quelle épouvantable théorie! s'écriait M. le procureur général Mourre, devant la Cour de cassation, le 19 mars 1817. (Sirey, 1817, I, 169.)

Merlin, sans doute, a bien raison de protester contre une énormité pareille.

Mais les conséquences de son système, quoique moins excessives, aboutissent aussi pourtant à un résultat, infiniment regrettable, en sacrifiant l'intérêt privé à l'intérêt public mal compris. (Comp. *Revue critique*, t. VIII, p. 33, article de M. le président Lagrange.)

Ce qui est logique et équitable, c'est le système, qui concilie ce double intérêt dans une juste mesure.

Le tribunal criminel a-t il prononcé la condamnation?

Il ne serait ni logique ni moral de refuser à la partie lésée, la réparation civile d'un délit, que le tribunal criminel a déclaré constant.

Et si le tribunal criminel a prononcé l'acquittement ou l'absolution, n'y aurait-il pas un scandale du plus

pernicieux exemple, à révéler officiellement l'existence d'un délit, devant lequel le ministère public serait désarmé et qui devrait demeurer impuni !

Et voilà comment l'action civile se trouve dans la dépendance de l'action publique.

Cette dépendance, d'ailleurs, est traditionnelle.

Notre action civile, c'est l'*antique accusation privée*, dégénérée ou transformée, mais qui a toujours conservé, comme marque de son origine, le caractère d'une poursuite de délit. Pothier qualifiait, en effet, l'action civile d'*action accessoire de l'accusation criminelle* (*Procéd. crim.*, § 7, art. 1). C'est ainsi encore, sous notre Droit moderne, qu'elle peut être exercée en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique; — que l'une et l'autre action s'éteignent par la même prescription (art. 2 et 3 Cod. d'inst. crim.); — et que nous sommes ainsi logiquement amené à conclure que l'action publique, au point de vue de la chose jugée, réagit sur l'action civile, de manière *à rendre celle-ci nécessairement recevable après la condamnation, et nécessairement irrecevable après l'acquittement.* (Griolet, p. 345; comp. toutefois *infra*, n° 417.)

3° Enfin, nous avons ajouté que plusieurs articles de nos Codes, qui ne peuvent s'expliquer qu'autant que l'on y voit des applications de ce système, en présupposent évidemment l'existence. (Comp. art. 2, 3, 358, 366, 463 Code d'instr. crim.; art. 198, 235 Code Napol.)

Nous citons, en ce sens, d'accord avec les arrêts de la Cour de cassation, l'article 3 du Code d'instruction criminelle, quoique MM. Aubry et Rau l'écartent, par le motif que *l'argument, que l'on a coutume d'en tirer pour établir l'influence du criminel sur le civil, leur paraît forcé.* (T. VI, p. 505; ajout. M. Lagrange, *Revue critique*, t. VIII, p. 39; M. l'avocat général Oscar de Vallée, D., 1864, II, 35.)

Tel n'est pas notre avis.

Pourquoi, en effet, cet article suspend-il l'exercice de l'action civile, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile, si ce n'est parce que les décisions des tribunaux criminels préjugent l'action civile !

Le législateur, il est vrai, n'a pas été jusqu'à prononcer, dans tous les cas, *la jonction forcée*, comme on dit de l'action civile à l'action publique.

Mais la suspension temporaire, et le sursis, auquel il la soumet, ne nous en paraissent pas moins avoir pour cause l'influence que la chose jugée au criminel peut exercer au civil. La preuve en résulte historiquement de ce caractère *accessoire*, qui rattachait autrefois l'action civile à l'action publique, et auquel précisément se réfère encore l'article 3, combiné avec les articles 1 et 2, auxquels il fait suite.

Et quand, de son côté, Toullier invoque l'article 235 du Code Napoléon, pour établir que la chose jugée au criminel n'exerce aucune influence au civil, nous répondons que ce texte se retourne, au contraire, contre sa doctrine, puisqu'il en résulte *a contrario* que, si l'époux défendeur à une demande en divorce ou en séparation de corps est condamné au criminel, cette condamnation lui est opposable, même quant à la demande civile. (Comp. *infra*, n° 441 ; Cass., 10 déc. 1866, et 11 déc. 1866, Roux, Dev., 1867, I, 105-109; Cass., 25 mars 1872, D., 1872, I, 71 ; Cass., 10 avril 1876, D., 1876, II, 116; Cass., 10 janv. 1877, Audy, D., 1877, I, 197; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 504-505 ; Marcadé, art. 1351, n°s 5-6; Mangin, *Traité de l'Action publique et de l'Action civile*, t. II, n° 740; Griolet, p. 350 et suiv.; Bertauld, *Quest. préjudicielles*, n°s 116 et suiv.; Larombière, t. V, art. 1351, n° 168.)

411. — Nous avons mentionné le cas, où l'individu lésé par un crime, par un délit ou par un contraven-

tion, s'est porté partie civile devant le tribunal de justice répressive (*supra*, n° 410).

En effet, aux termes du premier alinéa de l'article 3 du Code d'instruction criminelle :

« L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. »

Deux règles doivent être posées sur ce cas :

a. La première, c'est que l'action civile, dont il s'agit, est uniquement celle qui a pour but *la réparation du dommage causé par un crime, par un délit ou par une contravention.* (Art. 1 ; ajout. art. 637, 638 Code d'instr. crim.)

C'est l'action civile proprement dite, dont la cause, au civil, en effet, procède des dispositions des articles 1382 et 1383 du Code Napoléon :

1382 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause « à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel « il est arrivé, à le réparer. »

1383 : « Chacun est responsable du dommage, qu'il a « causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa « négligence ou par son imprudence. »

Il ne faut donc pas comprendre dans cette action civile, ainsi entendue, les autres actions *à fins civiles*, qui pourraient naître du fait délictueux, dont l'action publique aurait saisi le tribunal criminel : les actions, par exemple, en séparation de corps; — en révocation de donation pour cause d'ingratitude; — en nullité ou en résolution de convention, etc.

La juridiction criminelle ne peut être saisie de ces sortes d'actions, qui appartiennent essentiellement à la juridiction civile ; les questions, qu'elles soulèvent, ne sauraient être débattues devant elle; à ce point que, dans le cas même que nous examinons, où le demandeur étant intervenu, comme partie civile, au procès criminel, sa demande *à fins civiles* aurait été rejetée, sa demande, au civil, n'en serait pas moins encore recevable.

« .... Les prescriptions établies par les lois criminelles, dit la Cour de cassation, ne s'appliquent aux actions civiles, qu'autant que ces actions ont pour base unique et exclusive un crime, un délit, ou une contravention; mais il en est autrement, lorsqu'il s'agit d'une action, qui, en dehors des faits délictueux imputables au défendeur, puise son principe dans un acte ou dans une disposition du droit civil. »

C'est que, en effet, l'action civile spéciale, qui peut être portée devant les mêmes juges que l'action publique, est bien celle-là seulement, dont nos anciens avaient fait un *accessoire* de l'action publique; et elle a, sous ce rapport, comme aussi sous le rapport de la prescription, toujours conservé son caractère traditionnel.

Les législateurs, du reste, anciens et modernes, ont pu justement penser que le juge criminel, qui vient de prononcer sur le fait considéré comme délictueux, aurait, en général, les éléments nécessaires pour prononcer sur le même fait considéré comme une cause civile de dommages-intérêts pécuniaires. (Comp. Cass., 19 mars 1817, Sirey, 1817, I, 169; Rouen, 10 mars 1836, Bailleul, Dev., 1836, II, 123; Cass., 28 déc. 1849, James, Dev., 1850, I, 409; Bonnier, n° 911; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 499; Griolet, p. 345 à 349.)

412. — *b.* — Le tribunal criminel, statuant sur l'action civile proprement dite, en réparation du dommage causé par le crime, le délit ou la contravention, exerce alors, véritablement, lui-même une juridiction civile.

C'est notre seconde règle (*supra*, n° 411).

D'où il faut conclure :

1° Qu'il doit considérer la décision rendue au criminel comme ayant l'autorité de la chose jugée au civil, dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions où cette décision aurait l'autorité de la chose jugée devant un tribunal civil;

2° Que la décision rendue au criminel sur l'action

civile, a l'autorité de la chose jugée, comme si elle avait été rendue par un tribunal civil, dans les conditions décrétées par l'article 1351. C'est alors, en effet, la même question, entre les mêmes parties, qui, après avoir été jugée, très-compétemment, par l'une des juridictions, serait ensuite soumise à l'autre! (Comp. Cass., 16 août 1847, l'administ. des domaines, Dev., 1848, I, 280; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 509; Bonnier, n° 909.)

413. — Nous supposons d'ailleurs que la question soulevée par l'action civile en dommages-intérêts a été jugée par le tribunal criminel, qu'il l'a rejetée, par exemple, comme mal fondée.

Il en serait autrement, en effet, si le tribunal criminel, sans la juger et la rejeter au fond, avait simplement écarté cette action par une fin de non-recevoir, en déclarant que le fait imputé au prévenu ne constituait ni délit ni contravention;

Auquel cas, le demandeur serait encore admis à porter son action en dommages-intérêts devant les tribunaux civils. (Comp. art. 191 Code d'inst. crim.; Cass., 23 nov. 1835, Gendarme, Dev., 1837, I, 647; Cass., 3 juill. 1844, Léon, Dev., 1844, I, 733; Cass., 27 mars 1855, Wolbert, Dev., 1855, I, 598.)

414. — Il faut conclure aussi de ce qui précède, que la seconde règle, qui vient d'être posée (*supra*, n° 412), n'est pas applicable aux ordonnances de la chambre d'accusation, portant qu'il n'y a pas lieu à suivre, soit parce que le fait, qui forme l'objet de la poursuite, n'existe pas, soit parce que le prévenu n'en est pas l'auteur.

Ces ordonnances font-elles obstacle à ce que l'individu lésé porte son action en réparation devant les tribunaux civils?

Nullement!

Et cela même, bien entendu, dans le cas précisément, que nous examinons, où il se serait constitué partie ci-

vile dans l'instruction criminelle; car c'est encore dans ce cas, comme dans le cas que nous venons de citer, par une sorte de fin de non-recevoir que l'action civile se trouve écartée; jugée au fond, et rejetée? elle ne l'a pas été, et elle ne pouvait pas l'être par la chambre d'accusation. (Comp. Cass., 10 avril 1822, Sirey, 1824, I, 221; Paris, 4 juillet 1823, Sirey, 1824, II, 56; Cass., 24 nov. 1824, Sirey, 1825, I, 174; Cass., 12 août 1834, D., 1834, I, 436; Cass., 20 avril 1837, Charlot, Dev., 1837, I, 590; Cass., 17 juin 1841, la Comp. des mines de Montalais, Dev., 1841, I, 636; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Réparation civile*, § III; Mangin, *de l'Action publique*, t. II, n° 438 et suiv.; Faustin Hélie, t. III, p. 776; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 509; Larombière, t. V, art. 1351, n° 183; Griolet, p. 350-351.)

415. — Mais supposons que le ministère public a seul agi au criminel, et que l'individu lésé ne s'est point porté partie civile.

Eh bien! donc, le principe fondamental, dans ce cas, est que le jugement rendu au criminel, a, au civil, l'autorité de la chose jugée sur les points que le tribunal criminel avait, en effet, exclusivement mission de juger, à savoir : 1° sur la matérialité du fait, sur l'existence du corps du délit; 2° sur la culpabilité de l'auteur, au point de vue de la loi pénale. (Comp. *supra*, n° 410.)

Quelle que soit, sur l'un et sur l'autre de ces points, la chose jugée au criminel, elle ne saurait être remise en question devant le tribunal civil.

De sorte que la preuve en est faite souverainement, soit au profit, soit au préjudice de ceux, qui intenteront ultérieurement l'action civile :

A leur profit, s'il y a eu condamnation;

A leur préjudice, si la chose jugée au criminel décide, soit qu'aucun délit n'a été commis, soit que l'accusé ou le prévenu, acquitté ou absous, ne s'en est pas rendu coupable.

416. — L'accusé ou le prévenu, a-t-il été condamné? Le tribunal criminel a-t-il jugé que le délit a été commis, et que l'accusé ou le prévenu en est l'auteur?

La preuve, disons-nous, est souverainement faite sur ces deux points au profit de la partie lésée, devant le tribunal civil, relativement à toutes les demandes à *fins civiles*, qu'elle pourra former sur le fondement des faits, qui ont été déclarés constants par le tribunal criminel :

Soit à une demande en dommages-intérêts pour réparation du dommage causé par le fait délictueux (art. 3 Code d'inst. crim.; art. 1382-1383);

Soit à une demande en séparation de corps (art. 235), ou en déchéance de puissance paternelle (art. 333 Code pén.);

Soit à une demande en déclaration d'indignité de succéder (art. 727);

Soit à une demande en révocation de donation pour cause d'ingratitude (art. 955; ajout. art. 1046);

Soit à une demande en nullité de convention, etc. (Comp. Bruxelles, 27 fév. 1818, Sirey, 1821, II, 173; Cass., 5 mai 1818, Sirey, 1819, I, 162; Limoges, 20 fév. 1846, Chassagnoux, Dev., 1847, II, 10[illegible]; Grenoble, 87 nov. 1846, Querenet, Dev., 1847, II, 547; Cass., 3 août 1853, Isnard, Dev., 1855, I, 437; Merlin, *Répert.*, v° *Chose jugée*, § xv; v° *Non bis in idem*, n°s 15 et suiv.; et *Quest. de Droit*, v° *Faux*, § vi; Duranton, t. XIII, n°s 494-497; Mangin, *de l'Action publique*, t. II, n°s 423 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 506; Bonnier, n° 917.)

417. — Si, au contraire, l'accusé ou le prévenu a été acquitté ou absous, pour savoir jusqu'à quel point et dans quelles limites la décision rendue, au criminel, a l'autorité de la chose jugée au civil; il faut distinguer :

D'une part, elle a certainement cette autorité, en tant qu'elle décide qu'aucun délit n'a été commis, ou que l'accusé ou le prévenu n'en est point l'auteur, ou, s'il

en est l'auteur, qu'il n'a point commis le fait avec les caractères de criminalité, qui lui étaient imputés par l'accusation ou la prévention.

Voilà des points, que le tribunal civil doit regarder comme constants; et s'il les remettait en question, il commettrait tout à la fois une violation de l'autorité de la chose jugée, et un excès de pouvoir, puisqu'il n'a pas mission pour statuer sur un fait considéré comme délictueux, au point de vue de la répression pénale.

Mais, aussi, d'autre part, cette décision rendue au criminel, n'a pas, au civil, l'autorité de la chose jugée, en tant qu'il s'agit de statuer sur les faits, qui ont été l'objet de la poursuite criminelle, considérés seulement désormais au point de vue du droit privé, comme pouvant constituer un délit de droit civil, ou un quasi-délit, ou engendrer toute autre demande à fin civile.

Telle est, en effet, la disposition de l'article 358 du Code d'instruction criminelle :

« Lorsque l'accusé aura été déclaré non coupable, le « président prononcera qu'il est acquitté de l'accusation, « et ordonnera qu'il soit mis en liberté, s'il n'est retenu « pour autre cause.

« La Cour statuera sur les dommages-intérêts respec-« tivement prétendus, après que les parties auront pro-« posé leur fins de non-recevoir ou leurs défenses, et que « le procureur général aura été entendu.

« La Cour pourra néanmoins, si elle le juge conve-« nable, commettre l'un des juges pour entendre les par-« ties, prendre connaissance des pièces, et faire son « rapport à l'audience, où les parties pourront encore « présenter leurs observations, et où le ministère public « sera de nouveau entendu. »

Et la Cour de cassation a consacré ce principe, en termes excellents, dans son arrêt du 2 août 1872 :

« Considérant que si le verdict du jury est irréfragable, et si la Cour d'assises ne peut, sans violer l'auto-

rité de la chose jugée, remettre en question ce qui a été souverainement décidé par le jury, il est néanmoins de principe qu'elle peut, en vertu du droit, que lui confèrent expressément les articles 358 et suivants du Code d'instruction criminelle, condamner...., en toute matière, l'accusé acquitté à des dommages-intérêts, à la condition que cette condamnation puisse se concilier avec la déclaration de non-culpabilité, et que l'arrêt précise les faits caractérisant la faute distincte du délit définitivement écarté, et servant de base à l'action en réparation du dommage, conformément à l'article 1382 du Code civil.... » (Mazure, D., 1872, I, 427; comp. Cass., 12 nov. 1846, H...., Dev., 1847, I, 41; Cass., 12 janv. 1852, Legendre, Dev., 1852, I, 113; Bordeaux, 9 fév. 1852, Cahuzac, Dev., 1852, II, 332; Paris, 24 mai 1855, Pot., Dev., 1855, II, 391; Cass., 26 juill. 1865, Mirès, Dev., 1865, I, 409; Cass., 29 avril 1874, D., 1874, I, 333; Cass., 10 janv. 1877, Aubry, D., 1877, I, 197.)

418. — Cette distinction d'ailleurs n'est pas moins conforme à l'équité qu'à la raison.

Il est évident que le même fait, qui a pu n'être pas considéré comme délictueux au criminel, ou qui, par des circonstances, dont on sait l'infinie variété, a pu ne pas devoir faire encourir à l'accusé ou au prévenu la répression pénale, peut, au contraire, être considéré, au civil, comme une cause légitime de réparation envers la partie lésée (art. 1382-1383; comp. Cass., 10 déc. 1866, Roussin, Dev., 1867, I, 108; Ortolan, *Revue pratique*, t. XVII, p. 385; Beudant, *Revue pratique*, t. XXIV, p. 492).

419. — Cela est, disons-nous, d'évidence.

Et néanmoins, l'application en est souvent, dans la pratique, fort délicate.

C'est que, cette distinction ne peut être appliquée que sous la réserve du principe essentiel, que nous venons de poser; à savoir : que la décision rendue, au criminel, a, au civil, l'autorité de la chose jugée.

Ce qu'il faut donc nécessairement, c'est que la décision, qui sera rendue au civil, ne contredise pas la décision antérieurement rendue au criminel.

C'est que, en appréciant le fait, sous les rapports du droit civil, elle ne méconnaisse pas le caractère, qui lui a été irrévocablement imprimé, sous les rapports du droit criminel.

Il y aurait là, en effet, une contrariété de jugements, qui constituerait la violation, au civil, de la chose jugée au criminel.

De sorte que l'indépendance de la juridiction civile, dans l'apréciation du fait, au point de vue de l'action civile, ne peut s'exercer qu'à cette condition que sa décision sera, comme dit la Cour suprême, conciliable avec la décision de la juridiction criminelle sur l'action publique.

420. — Et pour savoir si la décision rendue au civil, est ou n'est pas en contradiction avec la décision rendue au criminel, il faut préciser nettement ce qui a été jugé au criminel;

Ce qui a été *jugé,* disons-nous, d'une manière certaine, *affirmativement* ou *négativement,* soit sur la matérialité du fait, soit sur la culpabilité de l'accusé ou du prévenu.

A cet effet, afin d'en mesurer exactement la portée, il y a lieu d'interroger non-seulement le *dispositif* de la décision criminelle, mais encore les *motifs ;*

Les motifs *objectifs*, ceux qui sont les causes immédiates et nécessaires de la décision, et qui participent dès lors à l'autorité du dispositif, *parce qu'ils se réfèrent aux qualifications pénales.* (Comp. Cass., 26 juill. 1865, Mirès, Dev., 1865, I, 409; Bonnier, n° 863; Griolet, p. 351-352.)

421. — Est-ce là seulement une question de fait ?

Ou bien aussi une question de droit ?

Il semble résulter de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 11 décembre 1866, dans la célèbre affaire

Maurice Roux, que cette appréciation ne constitue qu'une simple question de fait :

« Attendu, dit la Cour suprême, que si, en thèse générale, le verdict négatif du jury sur la question de culpabilité laisse subsister le fait matériel comme base possible d'une action en dommages-intérêts, il en est autrement dans certaines circonstances exceptionnelles, où la matérialité du fait et l'intention de l'agent sont indivisibles; qu'il n'est plus possible, dans ce cas, d'isoler le fait de la volonté, qui l'a produit, sans remettre en question la chose irrévocablement jugée par le verdict du jury; — *Attendu qu'il appartient aux juges du fait de rechercher, dans les documents de la cause, les éléments de cette indivisibilité; de l'affirmer ou de la nier, suivant leur conviction, sans que leur décision, sur ce point, puisse encourir la censure de la Cour de cassation....* » (Dev., 1867, I, 165.)

Nous ne pensons pas, toutefois, qu'il faille prendre cette décision trop à la lettre; et M. l'avocat général, Lanfran de Panthou, a eu, suivant nous, raison de dire que ce n'est pas seulement ici une question de fait, mais une véritable question de principe. (Recueil des arrêts de Caen et de Rouen, 1874, p. 21 et suiv.)

Sans doute, l'appréciation du fait appartient, dans ce cas comme toujours, aux Tribunaux ou aux Cours.

Mais ce qui appartient aussi, dans ce cas comme toujours, à la Cour de cassation, c'est le pouvoir de vérifier si le jugement ou l'arrêt, qui lui est déféré, a bien appliqué la loi aux faits de la cause, tels qu'ils résultent de l'appréciation même, qui s'y trouve.

Et nous en avons pour preuve l'arrêt du 7 mai 1864, par lequel la Cour de cassation cassa l'arrêt rendu par la Cour d'assises du Rhône le 25 mars précédent, dans cette même affaire Maurice Roux. (Dev., 1864, I, 508; comp. Cass., 2 août 1872, Mazure, Dev., 1872, I, 427; Cass., 10 janv. 1877, Audy, D., 1877, I, 197.)

422. — Les difficultés d'application, que cette théorie soulève, sont plus graves d'ordinaire, lorsqu'il s'agit d'une décision rendue, comme on dit, au grand criminel, par un verdict du jury, que lorsqu'il s'agit d'une décision rendue par un tribunal de police correctionnelle ou de simple police.

La raison de cette différence est simple.

C'est que la décision n'est pas motivée dans le premier cas, et qu'elle est motivée dans le second cas.

423. — *a.* — D'après l'article 337 du Code d'instruction criminelle, la question telle qu'elle doit être posée au jury, est généralement complexe :

« *L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre ?...* » (Voy. toutefois art. 338-339.)

Et par suite, la réponse du jury a le même caractère, d'après l'article 348 :

« *Oui, l'accusé est coupable....*

« *Non, l'accusé n'est pas coupable....* »

Or, il est clair qu'une déclaration ainsi faite, peut souvent, au point de vue, qui nous occupe, présenter une certaine obscurité.

Il n'en était pas ainsi sous le *Code des délits et des peines* du 3 brumaire an IV, d'après lequel les questions devaient être, au contraire, décomposées :

« *Tel fait a-t-il été commis? — L'accusé est-il l'auteur de ce fait ? — L'accusé est-il coupable* à raison de ce fait ? »

Questions divisées, qui permettaient de distinguer à quels éléments s'appliquait la déclaration du jury : soit à la matérialité du fait; soit à la culpabilité de l'agent.

Cette distinction, aujourd'hui, n'est pas possible, en présence de la question unique et complexe, à laquelle s'applique, dans les mêmes termes, la réponse, unique aussi et complexe, du jury.

424. — Ce n'est pas, toutefois, dans le cas où l'accusé est déclaré coupable, que l'incertitude peut s'élever sur le sens et la portée de cette réponse.

La condamnation implique, en effet, nécessairement l'existence de la matérialité du fait et de la culpabilité de l'accusé.

Et il faut dire alors, avec Bonnier : « le principe que la question civile est préjugée, s'applique dans toute sa force. » (N° 913.)

425. — Dans toute sa force!

Aussi, pensons-nous que la juridiction civile ne peut, en ce cas, modifier en aucune manière, ni diminuer, ni augmenter ce qui résulte de la déclaration affirmative rendue par la juridiction criminelle.

Voici une décision, qui condamne un individu pour vol d'une somme déterminée, de 100 francs par exemple.

Le tribunal civil, saisi de l'action civile, peut-il modifier la quotité de la somme, dont la restitution est demandée par la victime du vol?

La Cour de Bastia, par son arrêt du 5 août 1874, a décidé affirmativement.

Mais la chambre des requêtes de la Cour de cassation a admis le pourvoi formé contre cet arrêt. (6 juin 1877, Calderini, *Gazette des Tribunaux* du 8 juin 1877.)

Nous pensons, en effet, que le pourvoi devait être admis, par ce motif que la décision rendue au criminel, avait l'autorité de la chose jugée non-seulement quant au fait du vol, mais aussi quant à la quotité de la somme volée, parce qu'elle affirmait également, d'une manière positive, l'une et l'autre. (Comp. Larombière, t. V, art. 1351, n° 349.)

426. — Au contraire, dans le cas d'acquittement, lorsque l'accusé, suivant la formule normale du verdict du jury, est déclaré non coupable, cette déclaration ne fait point obstacle à ce que le tribunal civil accorde à la partie lésée des dommages-intérêts.

Et il le peut, sans se mettre en contradiction avec la chose jugée au criminel.

En effet, dit la Cour suprême, dans son arrêt du 26 décembre 1863 :

« .... De la déclaration du jury que l'accusé n'est pas coupable, il résulte seulement qu'il n'a commis aucun crime pouvant tomber sous l'application de la loi pénale; mais, en l'absence de tous motifs exprimés, on ne saurait induire que le fait matériel n'existe pas, ou que l'accusé n'en serait pas l'auteur. »

La jurisprudence en offre de nombreux exemples.

C'est ainsi que la déclaration de non-culpabilité en faveur d'un individu accusé d'avoir incendié sa propre maison, qui était assurée, ne s'oppose pas à ce que, sur la demande d'indemnité formée ensuite contre la Compagnie d'assurances, celle-ci soit admise à prouver qu'il a, par sa faute, provoqué ou occasionné cet incendie, et qu'il est, en conséquence, déchu du droit à l'indemnité, qu'il réclame. (Comp. Orléans, 4 déc. 1841, Berton, Dev., 1842, II, 467; Agen, 20 janv. 1851, Bacqué, Dev., 1851, II, 781; Cass., 22 juill. 1868, Becker, Dev., 1869, I, 30.)

De même, l'acquittement d'un individu accusé d'extorsion de titres, n'empêche pas que les mêmes faits, sur lesquels était fondée la poursuite au criminel, puissent être articulés et prouvés, contre lui, au civil, à l'appui d'une demande tendant à l'annulation d'une convention pour vice de dol ou de violence, ou pour défaut de cause. (Comp. Cass., 3 juill. 1844, Léon, Dev., 1844, I, 733; Limoges, 14 août 1845, Laborde, Dev., 1845, II, 496; Cass., 12 janv. 1852, Legendre, Dev., 1852, I, 113.)

Supposons encore qu'un individu accusé de faux a été déclaré non coupable.

Cette déclaration fera-t-elle obstacle soit à une demande en nullité, pour cause de dol ou de fraude, des conventions ou des dispositions constatées par cette pièce, soit même à l'admission d'une inscription de faux civil?

Pas davantage. (Comp. Cass., 27 mars 1839, Rivière,

Dev., 1839, I, 767; Cass., 27 mai 1840, Lafarge, Dev., 1840, I, 633; Cass., 27 mars 1855, Wolbert, Dev., 1855, I, 598; Cass., 31 janv. 1859, Delporte, Dev., 1860, I, 747.)

427. — Mais une décision rendue au criminel, acquitte un individu sur une question d'homicide involontaire.

Est-ce que, même dans ce cas, il sera possible d'admettre, contre lui, au civil, une demande en dommages-intérêts fondée sur les mêmes faits, sur lesquels était fondée la poursuite criminelle?

Il semble que cette hypothèse est plus délicate.

Qu'est-ce, en effet, que la décision criminelle a jugé?

Elle a écarté l'application de l'article 319 du Code pénal, qui est ainsi conçu :

« Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence, ou inobservation des règlements, « aura commis involontairement un homicide, ou en « aura involontairement été la cause, sera puni d'un « emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une « amende de cinquante francs à six cents francs. »

Or, comment serait-il possible à un tribunal civil de condamner ce même individu, à raison du même fait, à des dommages-intérêts, en vertu des articles 1382 et 1383, pour négligence ou imprudence, sans se mettre en contradiction avec la décision criminelle, qui décide au contraire, positivement, qu'il n'a commis ni négligence, ni imprudence?

Nous avons déjà fait la réponse (*supra*, n° 418).

C'est que l'appréciation des simples fautes, des négligences, des imprudences, est faite à un point de vue différent au criminel et au civil.

C'est que, par suite, telle faute, telle négligence ou imprudence, qui a pu, au criminel, ne point paraître de nature à motiver l'application d'une peine, peut, au contraire, au civil, paraître assez grave pour engager la

responsabilité pécuniaire de l'agent et le faire condamner à des dommages-intérêts. (Comp. Cass., 19 nov. 1841, Hollaender, Dev., 1842, I, 194; Orléans, 23 juin 1843, Souesme, Dev., 1843, II, 337; Cass., 9 juill. 1866, Chemin de fer de Lyon, Dev., 1866, I, 347; Duranton, t. XIII, nos 486 et suiv.; Mangin, *de l'Action publique*, t. II, nos 423 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 507, Bonnier, n° 915.)

428. — Supposons encore que l'individu, accusé d'un meurtre, s'est défendu en soutenant que, au moment où il a frappé volontairement la victime, il était autorisé à se croire en état de légitime défense (art. 328 Code pén.).

Bien plus! le président de la Cour d'assises a posé spécialement la question de légitime défense.

Et le verdict du jury est : *Non, l'accusé n'est pas coupable.*

Admettre, après cela, contre lui, une action en dommages-intérêts, ne serait-ce pas non-seulement déclarer volontaire au civil, le même fait que la chose jugée, au criminel, a déclaré involontaire, mais même le déclarer illicite, quand elle l'a déclaré licite!

C'est, en ce sens, effectivement que la question a été décidée par un arrêt de la Cour de cassation, du 19 décembre 1817, et plus récemment, par un arrêt de la Cour de Caen, du 29 mai 1873, qui ont jugé qu'il y avait, dans ce cas, entre le fait matériel et la volonté de l'agent, une telle indivisibilité, qu'il n'était pas possible de déclarer, au civil, l'existence du fait, sans remettre en question la volonté même de l'agent, et par conséquent aussi la décision rendue au criminel. (Daniel, *Rec. des arrêts de Caen et de Rouen*, 1874, p. 21.)

Nous croyons pourtant, que, dans ce cas aussi, le Tribunal civil pourrait, sans se mettre en contradiction avec la chose jugée au criminel, admettre contre l'individu acquitté, l'action en dommages-intérêts pécuniaires.

Tel était, dans notre ancien Droit, l'avis de Jousse, qui décidait que l'excès dans la légitime défense, lors même qu'il aurait pu ne point paraître assez grave pour faire encourir à l'agent une condamnation pénale, pouvait néanmoins donner, contre lui, ouverture à une action civile. (*Justice criminelle*, t. I, p. 119.)

Cette considération est, suivant nous, très-vraie.

Sans doute, il ne faudrait pas que la juridiction civile, dans les motifs de sa décision, se mît elle-même en contradiction avec la chose jugée au criminel, ainsi que l'avait fait la Cour d'assises d'Orléans qui semblait avoir affecté, dit Bonnier, de se mettre en opposition avec la déclaration du jury, en allouant à la partie civile des dommages-intérêts, motivés *sur un coup porté volontairement hors le cas de légitime défense!*

C'était là, il faut bien le dire, un démenti donné à la chose jugée au criminel, qui avait résolu, au contraire, cette question négativement.

Aussi, son arrêt a-t-il été cassé. (24 juill. 1841, Souesme, Dev., 1841, I, 791.)

Mais si l'arrêt avait été autrement motivé, s'il se fût borné à décider, comme il l'avait fait dans son premier considérant, que *la réponse du jury sur la criminalité du fait n'exclut pas nécessairement sa matérialité*, nous pensons qu'il n'aurait pas encouru la cassation; car la matérialité du fait peut, au civil, indépendamment de la volonté, engendrer une responsabilité pécuniaire. (Comp. Cour d'assises de l'Aveyron, du 13 nov. 1835; Cass., 6 mai 1852, Touron, Dev., 1852, I, 860; Cass., 7 mars 1855, Quertier, Dev., 1855, I, 439; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 506; Bonnier, n° 915; Conclusions de M. l'avocat général de Panthou à l'audience de la Cour de Caen, dans l'affaire *Daniel*, citée *supra*, *Rec. des arrêts de Caen et de Rouen*, 1874, p. 21 et suiv.)

429. — Est-ce à dire pourtant, que l'*indivisibilité de la matérialité du fait et de l'intention de l'agent* ne pour-

raient pas exister d'une manière si étroite, que la chose jugée au criminel exclurait nécessairement, au civil, l'action en dommages-intérêts?

Il serait, nous le pensons nous-même, téméraire de le décider ainsi absolument.

Mais une telle hypothèse ne peut se rencontrer que rarement, *dans certaines circonstances exceptionnelles.*

Ce sont les termes de l'arrêt de la Cour de cassation, dans l'affaire Maurice Roux, dont les circonstances, en effet, étaient très-exceptionnelles, et aussi très-obscures. (10 déc. 1866, Dev., 1867, I, 105.)

430. — *b.* — Les questions, que nous venons d'agiter, sont moins fréquentes et moins difficiles, lorsqu'il s'agit d'une décision rendue par un Tribunal de police correctionnelle ou de simple police (*supra*, n° 422).

Il est alors, en effet, plus facile d'apercevoir, d'après les motifs, sur lesquels la décision est fondée, quelle est la portée du dispositif, soit dans le cas de condamnation, soit dans le cas d'acquittement.

Et alors, non-seulement le prévenu condamné peut être, en vertu de cette condamnation, qui ne saurait être remise en question, condamné civilement à des dommages-intérêts.

Mais aussi le prévenu acquitté, ou comme on dit, renvoyé de la prévention, peut aussi y être condamné.

431. — Il ne faudrait pas non plus pourtant, dans ce dernier cas, que la décision rendue, au civil, se mît en contradiction avec le jugement rendu par le Tribunal correctionnel.

Le jugement rendu par le Tribunal correctionnel, qui acquitte le prévenu, porte *qu'on ne saurait lui imputer la responsabilité d'un acte auquel il est tout à fait étranger* (cité *infra*).

Peut-on ensuite excercer, contre lui, une action civile en dommages-intérêts, pour lui imputer la responsabilité pécuniaire de cet acte?

Évidemment non! suivant nous.

Car on ne pourrait lui imputer, au civil, cette responsabilité qu'en décidant qu'il a commis cet acte, et par conséquent sans se mettre en contradiction formelle avec le jugement correctionnel, qui décide qu'il ne l'a pas commis.

M. Lagrange a, toutefois, soutenu la doctrine contraire, dans un article fort bien fait. Le savant magistrat, qui admet que les jugements de condamnation ont, au civil, une autorité absolue, refuse, au contraire, cette autorité aux jugements, par lesquels un prévenu est acquitté. (*Revue critique*, t. VIII, p. 31.)

Mais nous croyons avoir d'avance, par les développements, qui précèdent, démontré que cette espèce de schisme, dans notre thèse, ne saurait être admis.

Et la jurisprudence, en effet, n'a pas voulu s'y arrêter. (Comp. Cass., 7 mars 1855, Quertier, Dev., 1855, I, 439; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 507; Bonnier, n° 914; Griolet, p. 338.)

432. — Allons plus loin!

Le jugement correctionnel ne contient pas la negation positive de l'existence du fait délictueux ou de la culpabilité du prévenu. Aussi bien, cette hypothèse n'est-elle pas, en effet, la plus fréquente.

Ce qui arrive le plus souvent, c'est que le jugement correctionnel est ainsi conçu :

« Attendu *qu'il n'est pas prouvé* que tel fait ait été commis.... ou qu'un tel individu en soit l'auteur.... »

Ou encore : « Attendu *qu'il n'est pas suffisamment prouvé....* »

Une décision, ainsi rendue, doit-elle être assimilée à une négation positive? et fait-elle également obstacle à une action civile en dommages-intérêts?

La question est controversée; et on peut invoquer des autorités considérables dans le sens de la négative.

Déclarer qu'un fait n'est pas prouvé, dit-on, ce n'est

pas en nier l'existence! (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 507.)

Cette solution, toutefois, ne serait pas la nôtre :

1° Il nous paraît certain, en effet, que l'action civile ne pourrait alors être admise, sans produire une contrariété entre le jugement rendu au correctionnel et le jugement rendu au civil.

Qu'est-ce que décide le jugement correctionnel?

Que la preuve n'est pas faite.

Et que voulez-vous maintenant décider par un jugement civil?

Que la preuve est faite!

Est-ce que la contradiction n'est pas évidente!

C'est que, en effet, cette formule, plus ou moins atténuée, équivaut, pour le prévenu, à la négation même de l'existence du fait ou de sa culpabilité.

Un fait ou une culpabilité, qui ne sont pas prouvés judiciairement, c'est comme s'ils n'existaient pas!

2° Serait-il logique d'ailleurs d'admettre, devant la juridiction civile, la preuve d'un fait, que la juridiction correctionnelle n'a pas pu obtenir par témoins et par présomptions?

3° Ajoutons que la doctrine contraire, qui tendrait à révéler des délits, dont la répression judiciaire serait désormais impossible, est en opposition avec le but moral, que s'est proposé le législateur, en étendant au civil l'effet des jugements criminels. (Bonnier, n° 914; comp. Cass., 1er août 1864, de Saint-Ouen, Dev., 1864, I, 393; Nancy, 23 nov. 1872, Naudin, Dev., 1873, II, 16; Cass., 1er mai 1876, D., 1876, I, 400; Cass., 10 janv. 1877, Audy, D., 1877, I, 197.)

433. — Nous venons d'examiner dans quels cas et sous quelles conditions la décision rendue au criminel a l'autorité de la chose jugée au civil.

Une dernière question, fort importante, nous reste à résoudre.

Il s'agit de savoir dans quelle limite s'exerce cette influence, que nous avons reconnue au criminel sur le civil.

L'autorité de la décision rendue au criminel, est-elle absolue au civil, ou seulement relative?

En d'autres termes, préjuge-t-elle toutes les questions civiles, contre les tiers intéressés, quels qu'ils soient, qui n'ont pas été parties dans le débat criminel?

Ou, au contraire, préjuge-t-elle seulement les questions civiles, relativement à la partie lésée par le fait délictueux, qui a été l'objet de la poursuite criminelle?

434. — Que la décision rendue au criminel, ait, au civil, quant à la matérialité du fait, et à la culpabilité de l'agent, l'autorité de la chose jugée, soit au profit, soit au préjudice de la partie lésée, cela est incontestable! c'est la conséquence nécessaire de toute la théorie, que nous avons entrepris d'établir. (Art. 1 et 3 d'Instruction criminelle.)

435. — Qu'elle ait même cette autorité au profit des tiers, c'est-à-dire des personnes, qui n'ont pas été parties dans le débat criminel, et qui n'ont pas pu y intervenir, relativement aux intérêts civils, qui peuvent naître du fait, sur lequel la juridiction criminelle a prononcé, c'est ce qui paraît être aussi généralement reconnu; et avec raison, suivant nous.

Car l'accusé, qui a été poursuivi par le ministère public, a pu et dû se défendre; il était partie, lui! et c'est bien contre lui, en effet, que cette chose a été jugée.

436. — Mais la décision rendue au criminel, a-t-elle également, au civil, l'autorité de la chose jugée, au préjudice des tiers?

Leur est-elle opposable?

Voilà le problème.

Deux systèmes sont en présence :

L'un, qui soutient que l'autorité de la chose jugée au

criminel, est absolue jusques à cette extrême limite, et qui, après avoir été d'abord vaincu, a repris, dans ces derniers temps, l'avantage;

L'autre, qui soutient qu'elle est relative, et qui a perdu, au contraire, le terrain, qu'il avait d'abord gagné.

437. — *a.* — Le premier système n'a guère qu'un argument.

Mais on ne saurait méconnaître que cet argument est d'une gravité considérable :

1° Quel est, dit-il, le motif, qui a déterminé le législateur à accorder aux jugements criminels une autorité prépondérante sur les jugements civils?

C'est qu'il a voulu prévenir un danger social, à savoir : celui qui pourrait résulter de la contrariété de deux décisions rendues, l'une, au criminel, et l'autre au civil, sur le même fait à l'égard de la même personne;

Or, ce motif est absolu; et il exige que cette prépondérance existe, toutes les fois que la contrariété des deux décisions pourrait se produire;

Donc, il faut conclure qu'elle existe, en effet, *erga omnes*, et que les décisions rendues, au criminel, sont opposables, au civil, à toutes personnes, sans distinction.

C'est en ce sens que le procureur général Mourre disait à l'audience de la Cour de cassation, du 19 mars 1817, que la chose jugée, au criminel, *est un monument, sur lequel s'imprime une vérité publique.* (Sirey, 1817, I, 169.)

2° On ajoute que cette conclusion est confirmée par les textes mêmes de la loi :

Soit par l'article 3 du Code d'instruction criminelle, qui dispose, dans les termes les plus généraux, que :

« .... L'exercice de l'action publique est suspendu, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, intentée avant ou pendant la poursuite de l'action publique »;

Soit par l'article 463 du même Code, qui dispose que :

« Lorsque des actes authentiques ont été déclarés faux

en tout ou en partie, la cour ou le tribunal, qui aura connu du faux, ordonnera qu'ils soient rétablis, rayés ou réformés; et du tout il sera dressé procès-verbal... »;

Soit par l'article 198 du Code Napoléon, qui dispose que :

« Lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil, assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage »;

Soit enfin par l'article 235 du même Code, qui dispose que :

« Si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur (en divorce, ou en séparation de corps), donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, l'action en divorce restera suspendue jusqu'après l'arrêt de la Cour d'assises; alors elle pourra être reprise, sans qu'il soit permis d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur »;

Dispositions, qui s'accordent à témoigner de l'autorité absolue, contre toutes personnes, au civil, de la chose jugée au criminel. (Comp. Cass., 17 mars 1813, Sirey, 1813, I, 262; Cass., 7 mars 1855, Quertier, Dev., 1855, I, 439; Cass., 14 févr. 1860, D., 1860, I, 161; Grenoble, 18 nov. 1863, Garnier, Dev., 1864, II, 302; Merlin, qui, après avoir soutenu le système contraire, *Quest. de Droit*, v° *Faux*, § VI, s'est ensuite rallié à celui-ci, dans ses *Additions aux Quest. de Droit*, h. l.; Duranton, t. XIII, n° 194 et suiv.; Marcadé, art. 1351, n° 15; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 505; Larombière, t. V, art. 1351, n° 168-172.)

438. — *b.* — Malgré le revirement, qui s'est opéré en faveur de ce premier système, nous demeurons partisan du second, qui consiste à soutenir, au contraire, que

l'autorité de la chose jugée, au criminel, n'a pas généralement lieu, au civil, au préjudice des tiers.

Nous disons : généralement; voici pourquoi.

Les tiers, en effet, pourraient avoir intérêt à méconnaître, au civil, l'autorité de la chose jugée au criminel, dans deux cas :

1° Soit *in pejus*, pour prétendre que la qualification pénale, qui a été appliquée au fait incriminé, n'est pas assez sévère;

2° Soit *in mitius*, pour prétendre qu'elle est trop sévère.

439. — 1° Nous croyons devoir aussi, pour le premier cas, admettre, à l'égard de toutes personnes, au civil, l'autorité absolue de la chose jugée au criminel.

Qu'une personne, quelle qu'elle soit, tiers ou autre, puisse, après un jugement irrévocablement rendu par le tribunal criminel, venir demander au tribunal civil d'appliquer au même fait, sur lequel la chose jugée au criminel a statué, une qualification pénale plus dure, cela nous paraît impossible. Nous sommes, sur ce point, de l'avis de Bonnier, qui remarque fort justement que la crainte d'amener la révélation scandaleuse de faits, qui ne pourraient plus être atteints par la justice répressive, ne doit point permettre de reviser ainsi, *in pejus*, la décision du juge criminel sur la qualification du délit (n° 911). Telle nous paraît être, pour ce cas, la conséquence des articles 3 et 637-638 du Code d'instruction criminelle.

Voici un jugement correctionnel, qui condamne Paul pour avoir commis une escroquerie.

La partie lésée pourra-t-elle, devant le tribunal civil, prétendre, contre Paul, qu'il a commis un vol, afin de pouvoir ensuite revendiquer, contre un tiers-acquéreur, les objets, qui ont été détournés à son préjudice? (Art. 2279.)

La Cour de cassation a décidé très-juridiquement, sui-

vant nous, que cette prétention était inadmissible (23 déc. 1863, Lingrand, Dev., 1865, I, 187).

440. — 2° Mais, au contraire, nous ne concédons pas que la chose jugée, au criminel, soit, au civil, opposable aux tiers, lorsqu'ils demandent seulement que la qualification pénale, qui a été appliquée au fait incriminé, soit modifiée *in mitius*, en tant qu'elle porte préjudice à leurs intérêts.

Il est un cas, d'abord, où cette proposition nous paraît incontestable; c'est celui où il existe, en faveur du tiers, une décision antérieure de la juridiction civile, ayant l'autorité de la chose jugée.

Il est évident, en effet, qu'il ne saurait appartenir à la juridiction criminelle, pas plus qu'à aucune autre juridiction, d'annuler ou de réformer cette décision de la juridiction civile, au préjudice des droits acquis aux personnes, qui y étaient parties. (Comp. Cass., 8 avril 1812; Cass., 25 mai 1875, Ferrand, D., 1877, I, 248.)

441. — Nous allons plus loin :

A notre avis, la décision, rendue au criminel, même antérieurement, ne saurait porter préjudice aux tiers; et les questions, qui les intéressent, peuvent être ensuite portées devant le tribunal civil, sans que l'autorité de la chose jugée au criminel leur soit opposable :

1° Il n'est guère de principe, si essentiel qu'il puisse paraître, qui ne rencontre, lorsqu'on veut le pousser à ses conséquences extrêmes, un autre principe, essentiel aussi, devant lequel ces conséquences doivent s'arrêter!

Que la prépondérance, au civil, de la chose jugée au criminel, doive être considérée comme un principe général, qu'il est très-important de maintenir, cela est incontestable!

Mais ce qui ne l'est pas moins, suivant nous, c'est cet autre principe que les droits d'une personne ne doivent pas être compromis par le résultat d'un débat judiciaire, dans lequel elle n'a été ni partie, ni représentée.

Non! il ne se peut pas que cette personne se trouve jugée sans avoir été entendue. (Comp. art. 474 Code de procéd.)

Or, telle serait la position du tiers, auquel on voudrait opposer, au civil, la décision rendue au criminel.

Partie? il ne l'a pas été; et bien plus encore, il n'aurait pas pu l'être, dans tous les cas où il n'aurait pas pu se porter partie civile; car le débat criminel, en dehors de ce dernier cas, n'admet point l'intervention des tiers. (Comp. Cass., 24 janv. 1850, Desequelle, Dev., 1850, I, 410.)

Représenté? pas davantage; car le ministère public qui représente sans doute tous les membres de la société, en tant qu'il s'agit de la vindicte publique, ne représente pas individuellement chacun de ses membres, en tant qu'il s'agit de ses intérêts privés. Cette proposition est vraie de l'action civile proprement dite, qui a pour cause la réparation du dommage causé par le fait délictueux; à plus forte raison, est-elle évidente pour toutes les autres actions civiles!

L'action civile proprement dite, en effet, est toujours fondée sur le même intérêt que l'action publique; et c'est bien pourquoi on avait fait de l'une, dans notre ancien Droit, l'*accessoire* de l'autre;

Tandis que les autres actions civiles, qui peuvent naître à l'occasion ou à la suite du fait délictueux, peuvent être fondées sur un intérêt contraire précisément à l'intérêt, sur lequel est fondée l'action publique!

2° Comment! je pourrais être dépouillé de la propriété d'un objet, qui m'appartient, parce qu'il aurait été jugé, entre Pierre et Paul, que Pierre était propriétaire de cet objet, et que Paul le lui a volé! (Grenoble, 18 nov. 1863; comp. Cass., 30 mars 1843, Romanet, Dev., 1843, I, 639; Cass., 21 févr. 1852, Fresson, Dev., 1852, I, 589; Cass., 5 févr. 1858, Coulmeau, Dev., 1858, I, 553; Bonnier, nos 910-911.)

Bien plus! un homme et une femme pourraient se trouver mariés, à leur insu, et malgré eux, par le résultat d'une procédure criminelle, dont ils n'auraient pas même eu connaissance! C'est à quoi nous avons déjà répondu qu'il nous serait impossible d'adhérer! (Comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 411.)

Est-ce que de telles conséquences ne démontrent pas que la doctrine, qui les produit, est inadmissible!

3° Ce n'est pas tout; et voici bien encore une autre contradiction!

Il est généralement reconnu, et nous pensons, en effet, qu'il faut reconnaître que les jugements criminels n'ont, eux-mêmes, au criminel, qu'une autorité relative. (Comp. Cass., 29 avril 1837; Bonnier, n° 911.)

Et l'on voudrait qu'ils eussent, au civil, une autorité absolue!

Ce serait là, disons-nous, une inconséquence; d'où pourraient naître des complications insolubles.

« En effet, dit fort justement M. Griolet, puisque l'autorité des jugements criminels est relative au criminel, il peut être rendu, à l'égard de deux accusés différents, deux jugements criminels, qui soient contradictoires. Ces deux décisions devraient avoir, au civil, une autorité absolue. Mais comment l'auront-elles? Pourront-elles dicter en même temps la même décision civile? S'il ne peut les appliquer ensemble, le juge civil sera-t-il autorisé à choisir l'une plutôt que l'autre? Pourquoi et comment? Le problème est donc sans solution possible! » (P. 342-343.)

4° Et maintenant, est-il vrai que cette doctrine résulte des textes de nos Codes?

Nous ne saurions le croire.

De l'article 3 du Code d'instruction criminelle? — Nullement; car cette disposition ne se réfère qu'à l'action civile proprement dite, à l'*action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit, ou par une contravention.*

De l'article 463 du même Code? — Non plus! car la mesure, qui est prescrite par ce texte, ne suppose pas que le jugement criminel soit opposable à toutes personnes. Ce qu'il ordonne, en effet, seulement, c'est que les actes authentiques, déclarés faux, seront rayés, rétablis ou réformés; et que du tout il sera dressé procès-verbal. Mais l'existence matérielle n'en est pas atteinte pour cela; et les tiers n'en ont pas moins toujours le droit de se prévaloir des mentions, qu'ils contiennent :

« Attendu, dit la Cour de cassation, que la radiation « ou réforme, ordonnée par l'article 463, n'a pas pour « résultat de détruire ou d'anéantir l'existence matérielle « des actes authentiques, qui ont été déclarés faux, mais « qu'elle a pour effet de les frapper d'un signe de répro- « bation, qui avertisse de leur fausseté, et leur enlève le « caractère authentique et obligatoire en faveur du con- « damné, *sauf à ceux, qui n'auraient point été parties au « procès criminel, à faire valoir leurs droits devant les « tribunaux compétents.* » (28 déc. 1849, James, Dev., 1850, I, 408.)

C'est bien pourquoi, en effet, l'article 463 du Code d'instruction criminelle n'ordonne pas la destruction matérielle de l'acte, *la suppression, la lacération,* qu'ordonne, au contraire, l'article 241 du Code de procédure; et la raison de cette différence, c'est précisément que, dans le cas de l'article 241 du Code de procédure, toutes les parties intéressées ont dû être en cause.

Une réponse du même genre s'applique à l'argument, que les partisans de la doctrine contraire ont déduit de l'article 198 du Code Napoléon. Cet article n'est relatif qu'à la formalité de l'inscription du jugement criminel, duquel résulte la preuve de la célébration d'un mariage. Cette inscription sans doute forme un titre, qui assure au mariage tous les effets civils. Mais ce titre, à quelles personnes est-il opposable? Peut-il être attaqué par ceux qui n'étaient point parties dans le débat criminel? voilà

ce que l'article ne dit pas; et cette question, par conséquent, demeure sous l'empire des principes généraux.

Quant à l'article 235 du Code Napoléon, il nous paraît certain qu'il se retourne contre la doctrine contraire, qui l'a invoqué; cet article, a-t-on dit, dispose que le juge civil doit surseoir à l'action en divorce, dès que la poursuite criminelle est commencée. — Il est vrai! mais, dans la seconde partie, il ajoute cette disposition, qui précisément consacre la doctrine, que nous défendons : « *sans qu'il soit permis d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre le demandeur.* » (*Supra*, n° 410; comp. Cass., 24 janv. 1850, D., 1850, I, 55; Poitiers, 6 déc. 1876, Fortin, D., 1877, II, 217; et les Observations de M. Griolet; Toullier, t. VIII, n° 30, t. X, n° 240; Carré et Chauveau, n° 947; Boitard, *Instruct. crim.*, p. 243; Faustin Hélie, t. III, p. 774; Ortolan, t. II, p. 469; Valette, *Explicat. somm. du livre Ier du Code Napol.*, p. 114.)

442. — D'ailleurs, ce qui est incontestable, c'est que la solution, que peut avoir reçue, dans un procès criminel, une question civile, incidente ou accessoire à l'action publique, n'a d'effet qu'en ce qui concerne cette action, et n'exerce aucune influence sur les intérêts civils des parties; ces sortes de solutions, en effet, ne jugent pas; elles supposent; et supposer, n'est pas juger. (Comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 308.)

Un homme a été condamné au criminel pour parricide.

Sa filiation est-elle prouvée, par cela même, au civil?

Nullement!

Pas plus que d'une condamnation prononcée pour bigamie, on n'est fondé à induire, au civil, soit la validité du premier mariage, soit la nullité du second. (Comp. Rauter, *Traité du Droit criminel*, t. II, 666; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 509.)

SECTION IV.

DE L'AVEU DE LA PARTIE.

Exposition. — Division.

SOMMAIRE.

443. — L'aveu est une déclaration, par laquelle une personne reconnaît comme vrai un fait, qui est de nature à produire, contre elle, des conséquences juridiques.

C'est, de sa part, disaient nos anciens, la *confession* de la vérité de ce fait. (Pothier, n° 831.)

444. — Aux termes de l'article 1354 :

« L'aveu, qui est opposé à une partie, est judiciaire ou « extrajudiciaire. »

Il y a donc deux espèces d'aveu.

Quelques règles sont, en général, communes à l'un et à l'autre.

Et chacun d'eux a ses règles spéciales.

445. — Notre division sur cette matière se trouve ainsi naturellement tracée.

Nous exposerons successivement :

I. Les règles communes aux deux espèces d'aveu ;

II. Les règles spéciales à l'aveu judiciaire;

III. Les règles spéciales à l'aveu extrajudiciaire.

446. — Le législateur s'est d'abord occupé de l'aveu extrajudiciaire, dans l'article 1355, pour s'occuper ensuite, dans l'article 1356, de l'aveu judiciaire.

Nous croyons devoir intervertir cet ordre, parce que la question principale, qui s'élève sur l'aveu extrajudiciaire, consiste à savoir s'il faut y appliquer les règles, que le législateur a décrétées sur l'aveu judiciaire; or, il est clair que la solution de cette question exige que ces règles soient préalablement exposées.

I

RÈGLES COMMUNES AUX DEUX ESPÈCES D'AVEU.

SOMMAIRE.

447. — Les règles, qui sont, en général, communes aux deux espèces d'aveu, se rapportent : aux caractères distinctifs de l'aveu; — aux personnes par lesquelles il peut être fait; — aux choses, qui peuvent en être l'objet.
448. — A. — Des caractères distinctifs de l'aveu.
449. — Suite.
450. — Suite.
451. — Suite.
452. — Suite.
453. — Suite.
454. — Suite.
455. — Suite.
456. — Suite.
457. — Suite.
458. — Suite.
459. — Suite.
460. — Suite.
461. — Suite.
462. — Suite.
463. — B. — Par qui l'aveu peut être fait. — Exposition.
464. — Suite.
465. — Suite.
466. — Suite.
467. — Suite.
468. — Suite.
469. — Suite.
470. — Suite.
471. — Suite.
472. — Suite.
473. — Suite.
474. — Suite.
475. — Suite. — Renvoi.
476. — C. — A quelles choses l'aveu peut s'appliquer.
477. — Suite.
478. — Suite.
479. — Suite.
480. — Suite.
481. — Suite.
482. — Suite.
483. — Suite.

447. — Les règles, qui sont, en général, communes à l'aveu judiciaire et à l'aveu extrajudiciaire, se rapportent aux trois points suivants; savoir :

A. — Aux caractères distinctifs de l'aveu;

B. — Aux personnes, par lesquelles il peut être fait;

C. — Aux choses, qui peuvent en être l'objet.

448. — A. — De la définition, que nous venons de présenter, il résulte que l'aveu est une reconnaissance, c'est-à-dire un acte de volonté, par lequel une personne consent à ce que le fait, par elle avoué, et qui est de nature à lui porter préjudice, soit tenu pour vrai.

Et c'est, en effet, de sa volonté, de son consentement, que dérive la force probante, que la loi y attache.

Il faut donc que l'aveu soit fait avec la pensée, avec l'*intention*, par l'avouant, dit fort justement la Cour suprême, de fournir, du fait avoué, une preuve, qui puisse lui être opposée. (11 août 1851, Desdevises, Dev., 1851, I, 742.)

Demante a défini l'aveu : la reconnaissance, *qui a pu échapper à l'une des parties* (n° 331).

La pensée du savant auteur n'est certainement pas de dire que l'aveu peut être le résultat d'une absence de volonté, ni moins encore d'une volonté surprise.

Ce qu'il exprime seulement sans doute, c'est que l'aveu a pu être imprudent, et que celui, qui l'a fait, le regrette; sous ce rapport, la définition de Demante est exacte.

Aussi, croyons-nous que c'est aller trop loin en sens inverse, que d'avancer que :

« L'aveu est, avant tout et essentiellement, un acte spontané, éclairé, et libre, de la volonté. » (Larombière, t. V, art. 1354, n° 3.)

Spontané? — Pas toujours, en effet; car la partie, dans un interrogatoire sur faits et articles, ou lors d'une comparution personnelle à l'audience, se trouve souvent amenée, bon gré, mal gré, à le faire!

Et il n'en est pas moins bien fait, s'il est formel et sérieux. (Comp. *infra*, n° 488.)

449. — Éclairé? — Oh! certainement.

Et il n'est pas douteux que le dol le vicierait. (Arg. de l'article 1116.)

De même, également, la violence, s'il était reconnu qu'il n'a pas été libre. (Arg. de l'art. 1109.)

Quant à l'erreur, nous verrons qu'elle est aussi une cause de nullité de l'aveu, lorsqu'elle est de nature à vicier la volonté, d'où il procède, c'est-à-dire lorsqu'elle consiste dans une erreur de fait. (*Infra*, n° 537.)

450. — Ce qui caractérise donc essentiellement l'aveu, c'est, disons-nous, qu'il est fait avec la volonté formelle, avec l'intention sérieuse de donner à une autre personne le droit de s'en prévaloir comme d'une preuve, en tenant le fait pour avéré.

D'où il suit que toutes les déclarations, auxquelles ce caractère manque, ne sauraient légalement constituer un aveu, lors même, bien entendu, qu'elles seraient relatives au patrimoine et aux affaires de celui, dont elles émanent.

Telles sont, par exemple, les allégations et les explications fournies par une partie à l'appui des moyens sur lesquels elle fonde sa demande ou sa défense. Ce sont là des armes, qu'elle emploie dans son seul intérêt, et dont elle n'entend certes pas se dessaisir au profit de son adversaire. Ce sont, en un mot, seulement des moyens, des arguments; ce ne sont point des aveux, c'est-à-dire des déclarations faites avec l'intention de fournir une preuve toute faite contre soi à la partie adverse! (Comp. Cass., 3 janv. 1829, Sirey, 1829, I, 225; Cass., 25 fév. 1836, Eymard, Dev., 1836, I, 603; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 334; Larombière, t. V, art. 1354, n° 3.)

451. — Pourtant, si ces allégations ou explications se trouvaient consignées dans un interrogatoire sur faits et articles?

Ou si elles avaient été répétées à l'audience?

La solution devrait être la même, si elles avaient con-

servé, en effet, dans l'interrogatoire sur faits et articles, ou lors de la comparution personnelle, le même caractère, c'est-à-dire si elles ne constituaient toujours que des moyens à l'appui de la demande ou de la défense de la partie. (Comp. l'arrêt précité n° 450, du 25 fév. 1836.)

452. — A plus forte raison, ne saurait-on trouver le caractère d'un aveu dans de simples lettres missives écrites durant l'instruction. (Comp. Cass., 7 nov. 1827, Durieu, D., 1828, I, 303; Bonnier, n° 348.)

Ce qui implique, bien entendu, que les lettres ne renferment que des moyens de défense, et non pas un aveu proprement dit.

453. — Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que ces explications ou allégations, lorsqu'elles ne constituent pas un aveu, ne puissent produire aucun effet.

Si elles ne forment pas une preuve *pleine*, elles peuvent du moins, suivant les cas, former une preuve *semi-pleine*, qui servirait de commencement de preuve par écrit, pour donner passage à la preuve testimoniale, et aux présomptions, ou pour autoriser la délation du serment supplétoire (comp. Larombière, t. V, art. 1354, n° 3).

454. — Il faut appliquer aussi la règle, que nous venons de poser, aux déclarations faites par un témoin dans une procédure civile ou criminelle.

C'est une déposition; voilà son caractère.

Ce n'est point un aveu, c'est-à-dire une déclaration faite *ad hoc*, avec l'intention de fournir, contre soi, un moyen de preuve. (Cass., 18 nov. 1854, Julien, Dev., 1854, I, 814; comp. Cass., 28 juill. 1854, Lange; 18 août 1854, Penot, Dev., 1854, I, 655; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 334.)

455. — Le mot : *déclaration*, par lequel nous avons défini l'aveu, paraît bien impliquer la nécessité d'une manifestation extérieure et positive de la volonté.

Telle est, en effet, généralement la règle; de sorte que le seul fait du silence ne présente pas, en soi, le caractère d'un aveu.

Il faut ajouter pourtant que l'aveu pourrait résulter aussi, dans certains cas, du simple défaut de dénégation, par l'une des parties, d'un fait articulé par l'autre.

Et, à cet égard, une distinction est nécessaire :

Ou la partie, qui refuse de répondre et de s'expliquer, n'est pas mise légalement en demeure de le faire;

Ou, au contraire, elle est mise légalement en demeure de répondre à l'interpellation, qui lui est adressée.

Dans le premier cas, son refus ne pourrait pas être considéré comme un aveu;

Tandis qu'il pourrait être considéré comme tel dans le second cas.

456. — *a.* — Que l'une des parties, par exemple, provoque elle-même l'autre partie à faire un aveu, soit extrajudiciairement, soit même judiciairement; qu'elle la somme, qu'elle lui porte le défi de nier tel ou tel fait, il n'en résulte certainement, pour la partie interpellée de cette façon, aucune obligation de répondre.

C'est à elle, qu'il appartient d'aviser, en toute liberté, à ce qu'elle doit faire; et son adversaire n'a, sous aucun rapport, le droit de l'y contraindre;

Excepté, lorsqu'il s'agit de la délation du serment décisoire, par laquelle la partie fait son adversaire lui-même juge dans sa propre cause (art. 1363).

Mais tout autre est le caractère de l'aveu, qui fait foi seulement contre l'avouant, et non pas pour lui. (Comp. Cass., 22 janv. 1836, Comm. de Thenay, Dev., 1836, I, 132; Rauter, Cours de procéd. civ., § 221.)

457. — A plus forte raison, ne saurait-on trouver le caractère d'un aveu dans la seule *non-méconnaissance*, par l'une des parties, d'un fait allégué par l'autre. (Comp. Cass., 11 août 1851, Desdevises, Dev., 1851, I, 742.)

458. — Ce que nous venons de dire de la partie elle-même, est également applicable à l'avocat, qui plaide pour elle, ou à l'avoué qui la représente.

Qu'une interpellation leur soit adressée sur un fait, en l'absence de leur client, et qu'ils déclarent ne pouvoir point s'expliquer sur ce fait, il n'en résultera, bien entendu, aucun aveu de leur part, à eux, qui n'avaient pas même qualité pour faire un aveu exprès (art. 352 Code de procéd.; comp. *infra*, nos 499-500; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 335).

459. — *b.* — Mais, au contraire, dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'une des parties est légalement interpellée de s'expliquer sur un fait, le refus ou l'omission de répondre pourrait être considéré, de sa part, comme un aveu.

C'est ainsi que, aux termes de l'article 252 du Code de procédure, au titre, *des Enquêtes :*

« Les faits, dont une partie demandera à faire preuve, « seront articulés succinctement par un simple acte de « conclusion, sans écriture ni requête.

« Ils seront également, par un simple acte, déniés ou « reconnus dans les trois jours; *sinon, ils pourront être « tenus pour confessés ou avérés.* »

Et de même, aux termes de l'article 330 du même Code, au titre, *de l'Interrogatoire sur faits et articles :*

« Si l'assigné ne comparaît pas, ou refuse de répon- « dre, après avoir comparu, il en sera dressé procès- « verbal sommaire; *et les faits pourront être tenus pour « avérés.* »

C'est, en effet, dans ces deux cas, de la loi elle-même, que vient, en quelque sorte, l'interpellation, par l'organe du juge!

C'est qu'il serait contraire à l'intérêt privé, et même à l'intérêt public, de permettre à la partie, ainsi légalement interpellée, de se renfermer obstinément dans le silence, et de rendre, par là, nécessaires des frais et des

lenteurs, que sa réponse aurait pu prévenir. (Comp. *supra*, nos 124 et suiv.)

460. — Voilà pourquoi nous pensons qu'il faut appliquer la disposition de l'article 330 du Code de procédure :

Soit au cas où la comparution des parties en personne ayant été ordonnée, l'une d'elles refuse de se présenter ;

Soit au cas où une partie, qui se trouve à l'audience, refuse de répondre aux interpellations, qui lui sont adressées par le juge. (Comp. Cass., 1815, Sirey, 1815, I, 243 ; Rennes, 15 août 1828, Sirey, 1829, II, 125 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 334-335 ; Duvergier, sur Toullier, t. V, n° 282, note *a*.)

Notre très-regretté collègue et ami, Bonnier, en adhérant à cette solution, ajoute que :

« Toutefois le défaut de comparution (ou de répondre) n'a pas ici le même degré de gravité. La partie ignorant souvent les points, sur lesquels on doit l'interroger, l'aveu tacite, qui résulte de l'abstention, peut n'avoir plus la même précision ; et les juges doivent être beaucoup plus circonspects, s'il s'agit de prononcer une condamnation d'après ce seul motif. » (N° 349.)

Cette observation est juste ; et les magistrats, en effet, ne manquent pas d'en tenir compte.

461. — On a coutume d'enseigner que l'aveu peut être exprès ou tacite.

Et précisément, ce que nous venons de dire justifie cette distinction.

C'est bien, en effet, un aveu tacite, que celui qui peut résulter du refus de répondre à un interrogatoire sur faits et articles ou de comparaître à l'audience.

Mais on ajoute que l'aveu tacite peut résulter aussi d'un fait d'exécution ou de payement. (Comp. Pothier, n° 321 ; Larombière, t. V, art. 1355, n° 7.)

Or, cette proposition peut ne point paraître aussi correcte.

L'*aveu*, en effet, *proprement dit* (c'est le mot de Bonnier lui-même, n° 345), résulte d'une déclaration faite par une partie; et ainsi défini, comme il doit l'être, l'aveu est évidemment, de sa nature, toujours exprès.

C'est de celui-là, sans aucun doute, que le législateur a posé les règles dans la section, qui nous occupe.

Un fait d'exécution ou de payement peut, il est vrai, renfermer de la part de celui, qui l'accomplit, la reconnaissance de la dette; et nous l'avons nous-même, en effet, lorsque nous traitions *de l'Interprétation des conventions*, considéré comme *un aveu;* mais il faut bien reconnaître que ce n'est là qu'un aveu improprement dit.

Cette proposition devient surtout exacte et importante, lorsqu'il s'agit d'un fait d'exécution, qui implique la confirmation d'une convention sujette à une action en nullité ou en rescision, puisque cette confirmation est soumise à des règles spéciales. (Comp. *infra,* n° 539.)

462. — Une dernière remarque nous reste à faire sur le caractère intrinsèque, qui distingue l'aveu.

C'est qu'il doit se rapporter, certainement et directement, au fait allégué par l'autre partie, de manière à en fournir une preuve complète;

Certainement, disons-nous; c'était l'une des maximes d'Ulpien :

« *Certum confessus pro judicato erit*; *incertum, non erit.* » (L. 6, princ., ff. *de Confessis.*);

Directement, au fait même, qui est contesté, à ce fait principal, et non pas seulement à un fait accessoire, dont l'aveu pourrait ne produire qu'une preuve incomplète.

C'est, d'ailleurs, aux magistrats qu'il appartient d'apprécier, à ce point de vue, le caractère de l'aveu, et s'il fournit soit une preuve pleine, de nature à dispenser de toute autre preuve; soit seulement une preuve demi-pleine, de nature à autoriser la preuve testimoniale, les présomptions, et le serment supplétoire. (Comp. Cass., 11 août 1851, Desdevises, Dev., I, 742.)

463. — B. — Maintenant, par qui l'aveu peut-il être fait?

C'est notre seconde question (*supra*, n° 447).

L'aveu n'étant qu'une déclaration, qui se réfère au passé, n'engendre pas lui-même d'obligation. Il reconnaît seulement, il constate une obligation antérieure et préexistante.

En soi, il n'est qu'un hommage rendu à la vérité, et un devoir rempli.

D'où il semble que l'on devrait conclure que la mémoire et la conscience y suffisent, et qu'il n'y a pas lieu d'exiger, dans la personne de l'avouant, la capacité de contracter ni de s'obliger, puisqu'il ne constitue ni un contrat, ni une obligation. (Comp. le jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 1er juin 1877, Charles Rey, le *Droit* du 20 juin 1877.)

C'est ainsi, pourrait-on ajouter, qu'il est généralement admis que les personnes incapables de contracter : les mineurs, les femmes mariées non autorisées, peuvent reconnaître un enfant naturel, c'est-à-dire faire l'aveu de la paternité ou de la maternité. (Comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 387.)

464. — Et toutefois, cet aperçu ne serait pas exact.

On a, au contraire, de tout temps, considéré que l'aveu ne peut être fait que par les personnes, qui ont la capacité de disposer des choses, auxquelles il s'applique.

C'est ainsi que, en Droit romain, Ulpien disait :

« *Minorem a confessione suâ restituemus.* » (L. 6, § 4, ff. *de Confessis*.)

Pothier, dans notre ancien Droit français, n'était pas moins explicite (n° 831).

Telle est toujours aussi la doctrine moderne; et très-justement.

En effet, les personnes incapables ne peuvent, ni directement, ni indirectement, détériorer leur condition;

Or, telle serait la conséquence de l'aveu, qu'elles feraient, puisque les rôles se trouveraient intervertis à leur préjudice, et que leur adversaire serait par là dispensé de l'obligation de fournir, contre elles, la preuve, qui était à sa charge; de sorte qu'elles ne pourraient rétracter leur aveu, qu'en prouvant qu'il est le résultat d'une erreur de fait.

Et puis enfin, un tel aveu, émané d'un incapable, serait-il suffisamment sérieux et réfléchi? offrirait-il toutes les garanties nécessaires? nouveau motif encore, et d'un très-grand poids, pour ne pas l'admettre.

Il suffit d'ailleurs, pour écarter l'argument, que l'on voudrait déduire des règles, qui gouvernent la reconnaissance des enfants naturels, de remarquer que ce sont là, en effet, des règles spéciales. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 542; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 337; Larombière, t. V, art. 1356, n° 10).

465. — Et de là ces maximes :

Pour les actes à titre gratuit :

« *Qui non potest donare, non potest confiteri* » (Pothier, n° 838; comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 283);

Et pour les actes à titre onéreux aussi, comme a dit M. Larombière (*loc. supra cit.*);

« *Qui non potest contrahere, non potest confiteri.* »

C'est que, en effet, les incapacités décrétées par la loi, soit de disposer ou de recevoir à titre gratuit, soit de contracter à titre onéreux, pourraient très-facilement devenir illusoires, s'il suffisait d'un aveu pour s'y soustraire!

Comprendrait-on, par exemple, que le législateur s'en rapportât à l'aveu du père naturel déclarant qu'il a emprunté 100,000 francs à l'enfant par lui reconnu, dans le cas où cet enfant ne pourrait recevoir, de lui, que 50,000 francs! (Art. 756, 907, 911.)

466. — Quelles personnes sont incapables soit de

disposer ou de recevoir à titre gratuit, soit de contracter à titre onéreux?

C'est un sujet que nous avons traité ailleurs; et nous n'avons pas à y revenir. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, et le tome I de ce *Traité*.)

Bornons-nous donc à rappeler, en ce qui concerne l'aveu, les applications des principes, que nous avons posés.

467. — C'est ainsi que les mineurs ne sauraient faire un aveu, qui puisse leur être valablement opposé;

A moins pourtant, dit Bonnier, « que l'aveu ne porte sur un délit ou sur un quasi délit. » (N° 351; comp. notre *Traité de la Minorité; — de la Tutelle; — et de l'Émancipation;* etc., t. II, nos 802-804.)

468. — Aucun aveu non plus ne saurait être opposé:

Aux interdits (art. 503);

Ni aux individus pourvus d'un conseil judiciaire, qui n'auraient pas été assistés de leur conseil;

Ni aux mineurs émancipés, qui n'auraient pas été assistés de leur curateur;

A moins encore, pourtant, dans ces deux derniers cas, que les aveux faits par l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ou par un mineur émancipé, ne s'appliquent à des actes, pour lesquels ils ont personnellement une capacité complète. (Comp. Larombière, t. V, art. 1356, n° 10.)

469. — Quant aux femmes mariées, la solution doit être la même, en ce qui concerne les aveux faits par elles, relativement à des actes pour lesquels l'autorisation ne leur est pas nécessaire.

Ces aveux peuvent leur être aussi valablement opposés.

470. — Relativement aux actes, pour lesquels l'autorisation leur est nécessaire, il s'ensuit également, en sens inverse, que l'aveu, fait par elles sans autorisation, ne peut pas leur être opposé.

La seule difficulté, qui puisse s'élever alors, est de

savoir dans quels cas on sera fondé à dire que la femme a été autorisée à faire un aveu.

Et même, cette difficulté ne saurait guère devenir sérieuse, lorsqu'il s'agit d'un aveu extrajudiciaire.

L'autorisation devra évidemment être donnée à la femme pour cet aveu, suivant le droit commun, comme pour les autres actes de la vie civile, à l'égard desquels la loi l'exige.

471. — En ce qui concerne les aveux judiciaires, faits dans le cours d'une instance, par une femme *autorisée à plaider* (ce qu'il faut supposer, bien entendu), une distinction est nécessaire :

L'aveu a-t-il été fait par elle, dans une réponse aux questions, qui lui étaient adressées par le juge, dans un interrogatoire sur faits et articles, ou lors d'une comparution des parties en personne?

Il pourra lui être opposé ;

Tandis qu'il ne pourra pas, au contraire, lui être opposé, s'il a été fait par elle spontanément, en dehors de toute interpellation de la part du juge. Il faudrait alors une autorisation spéciale du mari pour qu'un tel aveu fît preuve contre la femme.

Pourquoi ?

C'est que, dans le premier cas, l'autorisation accordée à la femme de plaider, comprend virtuellement l'autorisation, qui ne pourrait pas être refusée ! de répondre aux questions, que le juge pourra lui adresser, en vertu de la loi, d'après les règles, qui gouvernent l'instruction des procès ;

Tandis que l'autorisation de plaider n'habilite certainement pas la femme à faire elle-même, spontanément, et de sa seule initiative, sans aucune provocation de la part du juge, des aveux, que les règles de la procédure ne l'obligent alors nullement à faire. (Comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 284 ; Cass., 22 avril 1828, Fonta-Brostaret, D., 1828, I, 222 ;

Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 337; Larombière, t. V, art. 1356, n° 10; Baroche, *Encyclopédie du Droit*, v° *Aveu*, § 3, n° 20.)

472. — L'aveu peut être fait soit par la partie elle-même personnellement, soit par son fondé de pouvoir ou son mandataire.

Mais, dans ce dernier cas, il faut que le pouvoir soit *spécial*, c'est-à-dire *ad hoc*, pour faire l'aveu, dans de telles limites.

L'article 1356 est, à cet égard, formel; et il s'applique évidemment à toute espèce d'aveu, soit extrajudiciaire, soit judiciaire. (Arg. de l'art. 1988.)

473. — De ce que le mandat pour faire un aveu doit être spécial, il ne faudrait pas conclure qu'il doive être exprès; il peut aussi être tacite (art. 1984-1985).

C'est ainsi que l'aveu fait par le mandataire peut être, suivant nous, opposé au mandant, lorsqu'il s'applique à des faits personnels au mandataire, relatifs à l'affaire, dont il a été chargé, et exécutés par lui dans les limites de son mandat. (Arg. de l'art. 336 du Code de procéd.)

Telle nous paraît être la conséquence logique et naturelle du mandat. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 337.)

C'est le même principe, qui doit servir à résoudre la question de savoir si le tuteur peut faire des aveux, qui soient opposables au mineur.

Nous avons, en effet, déjà répondu affirmativement, en ce qui concerne les aveux faits par le tuteur relativement à ses actes personnels, par lui exécutés, dans les limites de ses pouvoirs.

Et nous ne pouvons que nous référer aux développements, par lesquels nous pensons avoir établi cette thèse. (Comp. notre *Traité de la Minorité; — de la Tutelle; et de l'Émancipation;* etc., t. I, n°s 690-693; Bordeaux, 22 janv. 1827, Moreau, Sirey, 1827, II, 65; Bourges,

26 avril 1831, D., 1831, II, 241; Cass., 19 nov. 1835, Dev., 1835, I, 666; Bourges, 17 mai 1842, Capitan, Dev., 1843, II, 100; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p.338; de Fréminville, *de la Minorité*, t. II, nos 772-773.)

474. — Au point où nous en sommes, il ne sera pas difficile de décider si les aveux faits par le mari, relativement aux droits de sa femme, peuvent être opposés à celle-ci.

S'agit-il des aveux faits par le mari, relativement aux biens de sa femme, dont il a, d'après leurs conventions matrimoniales, la libre administration, et dans les limites des pouvoirs, que cette administration lui confère?

Ils pourront être opposés à la femme.

Tandis qu'ils ne pourront pas, au contraire, lui être opposés, s'il s'agit d'aveux faits par le mari, relativement à des biens de sa femme, dont il n'a pas l'administration, ou qui dépasseraient les limites de son administration.

Voici, par exemple, un mari, qui, sans mandat spécial de sa femme, avoue qu'un mur dépendant d'un bien paraphernal de celle-ci, est mitoyen.

Cet aveu sera-t-il opposable à la femme?

La Cour de Toulouse avait décidé cette question affirmativement, le 16 juin 1875.

Mais son arrêt a été cassé par la Cour suprême; et nous croyons, en effet, qu'il devait l'être. (13 juin 1877, Roux, le *Droit* du 14 septembre 1877.)

475. — Dans quels cas et sous quelles conditions les aveux faits, dans le cours d'une instance, soit par les officiers ministériels, soit par les avocats, sont-ils opposables à la partie?

C'est une question à laquelle nous répondrons bientôt, en traitant de l'aveu judiciaire. (*Infra*, nos 499-500.)

476. — C. — Nous voici à notre troisième point.

A quelles choses l'aveu peut-il s'appliquer? (*Supra*, n° 447.)

Et d'abord, il est évident qu'il n'y a que les faits, les points de fait, qui puissent être l'objet d'un aveu, et non les points de droit, les questions de droit.

Aussi, avons-nous défini l'aveu : la reconnaissance *d'un fait*. (*Supra*, n° 443.)

C'est que, en effet, les règles de la loi ne sauraient dépendre d'une déclaration de la partie; la loi est ce qu'elle est! nul ne peut la changer.

Ce prétendu aveu ne serait, en réalité, qu'une interprétation de la loi par la partie; et si cette interprétation est inexacte, elle ne peut pas plus lui nuire que lui profiter.

Nous verrons que l'aveu fait par la partie, forme une preuve, que le juge lui-même est tenu d'admettre et de tenir pour vraie;

Or, comment serait-il possible que le juge fût tenu d'admettre et de tenir pour vraie la fausse interprétation, qu'une partie ferait de la loi!

Voici un plaideur, qui avoue que la contestation, dans laquelle il est engagé, doit être décidée d'après les dispositions d'une loi étrangère.

Qu'importe, si cette contestation doit être, au contraire, décidée d'après les dispositions de la loi française! (Comp. Cass., 8 août 1808, Sirey, 1808, I, 505; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 334; Marcadé, art. 1356, n° 1; Bonnier, n°s 347 et 352; Larombière, t. V, art. 1354, n° 2.)

477. — Des principes, que nous avons déjà posés, il résulte qu'il existe une corrélation manifeste et très-étroite entre *les personnes*, qui peuvent avouer, et *les choses*, qui peuvent être avouées.

L'aveu, avons-nous dit, quoiqu'il ne soit pas lui-même une aliénation, peut avoir néanmoins pour résultat d'en produire une au préjudice de l'avouant; en ce sens qu'il fournit, contre lui, une preuve légale du fait allégué par la partie adverse, qui se trouve ainsi déchargée de l'obligation de l'établir.

C'est pourquoi le législateur exige, dans les personnes, la condition *de capacité;*

Et c'est pourquoi, aussi, il doit exiger, dans les choses, la condition *d'aliénabilité.*

D'où il suit que l'aveu ne peut pas, en effet, porter sur des choses ou des droits, auxquels l'avouant ne pourrait pas renoncer, ou sur lesquels il lui est interdit de transiger. (Arg. de l'art. 2045.)

478. — Voilà le principe.

Il faut l'appliquer dans tous les cas, où cette indisponibilité existe, quel que soit l'intérêt, dans lequel le législateur l'a décrétée :

Soit dans l'intérêt de la partie elle-même;

Soit dans l'intérêt des tiers;

Soit dans l'intérêt de l'ordre public.

479. — *a.* — C'est ainsi, par exemple, que les aveux, que la femme et le mari pourraient faire, en ce qui concerne les immeubles constitués en dot sous le régime dotal, ne sauraient leur être opposés. (Art. 1554, 1560.)

480. — *b.* — Qu'une femme demande sa séparation de biens.

Aux termes de l'article 870 du Code de procédure :

« L'aveu du mari ne fera pas preuve, lors même qu'il « n'y aurait pas de créanciers. »

C'est la conséquence logique et nécessaire de l'article 1443 du Code Napoléon, qui, dans l'intérêt des tiers, dispose que :

« Toute séparation volontaire est nulle. » (Ajout. art. 1447; et Code de procéd., art. 873.)

481. — *c.* — Est-ce qu'un aveu, qui porterait sur la succession d'une personne vivante, et sur les droits éventuels, que l'avouant pourrait avoir à cette succession, ne serait pas radicalement nul?

Sans aucun doute! (Art. 791, 1130, 1600.)

Il faut appliquer la même solution aux aveux faits :

En matière de séparation de corps. (Art. 307; comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 474.)

482. — De même, quant à la reconnaissance des enfants incestueux ou adultérins. (Art. 335, 342; comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 587.)

483. — De même, quant aux nullités absolues de mariage. (Art. 184, 190, 191; comp. notre *Traité* précité *du Mariage*, etc., t. I, n° 313.)

Mascardi exprimait très-bien cette application de notre principe :

Favor matrimonii efficit, disait-il, *ut nulla confessio conjugum contra matrimonium publicè contractum ei præjudicare possit.* (*De Probationibus*, quæst. 7.)

II

DE L'AVEU JUDICIAIRE.

SOMMAIRE.

484. — Texte de l'article 1356.
485. — Division : Quel est le caractère distinctif de l'aveu judiciaire. — Quelle est la portée de la disposition législative, d'après laquelle il ne peut pas être divisé, ni révoqué. — Quelle en est la force probante.
486. — A. — Du caractère distinctif de l'aveu judiciaire. — Pour quels motifs il importe de ne point le confondre avec l'aveu extrajudiciaire.
487. — Définition de l'aveu judiciaire. — Explication.
488. — Suite.
489. — Suite.
490. — Faut-il considérer comme un aveu judiciaire celui qui est fait devant le juge de paix au Bureau de conciliation?
491. — Suite.
492. — *Quid*, de la déclaration faite devant un juge, dont l'incompétence *ratione materiæ* serait ensuite reconnue?
493. — *Quid*, de la déclaration insérée dans une requête adressée à l'autorité administrative?
494. — Suite.
495. — Suite.
496. — Quel est l'effet de la réitération, en justice, d'un aveu fait d'abord extrajudiciairement?
497. — L'aveu n'est-il judiciaire que dans l'instance même où il a été fait, de sorte qu'il ne puisse être invoqué dans une autre instance ultérieure que comme un aveu extrajudiciaire?

498. — Suite.
499. — Par qui l'aveu judiciaire peut-il être fait?
500. — Suite. — *Quid*, des aveux faits par l'avocat plaidant à l'audience?
500 *bis*. — Des aveux faits par les agréés devant les tribunaux de commerce?
501. — Des aveux faits en justice par les personnes, qui ne peuvent plaider qu'avec une autorisation? — Renvoi.
502. — B. — Quelle est la force probante de l'aveu judiciaire. — Explication.
503. — Suite.
504. — Suite.
505. — Suite.
506. — C. — Quelle est la portée de la disposition législative, d'après laquelle l'aveu judiciaire ne peut pas être divisé; — ni rétracté.
507. — I. — De l'indivisibilité de l'aveu judiciaire. — Exposition.
508. — Suite.
509. — Afin de résoudre les difficultés, que soulève le principe de l'indivisibilité, il faut distinguer trois sortes d'aveu : — l'aveu pur et simple; — l'aveu qualifié; — l'aveu complexe.
510. — *a*. — De l'aveu pur et simple. — Explication.
511. — *b*. — De l'aveu qualifié ou modifié. — Explication.
512. — Deux conditions sont constitutives de l'indivisibilité dans l'aveu qualifié ; savoir : la simultanéité et la connexité. — Exemples.
513. — Suite.
514. — *c*. — De l'aveu complexe. — Explication. — L'aveu complexe est de deux sortes.
515. — Suite. — Exposition historique.
516. — Suite.
517. — Suite. — Division.
518. — I. — Du cas où les faits compris dans l'aveu sont connexes sans être simultanés.
519. — Suite.
520. — Suite.
521. — II. — Du cas où les faits compris dans l'aveu, ne sont ni simultanés ni connexes.
522. — Suite.
523. — Suite.
524. — Des aveux faits par une partie dans une contestation, qui porte sur plusieurs chefs distincts.
525. — Des aveux faits par une partie dans un interrogatoire sur faits et articles.
526. — Des divers éléments d'un compte présenté par l'une des parties.
527. — Du cas où le fait accessoire, ajouté par l'avouant au fait principal, est invraisemblable.
528. — Du cas où le fait accessoire, ajouté par l'avouant, est démontré impossible, ou mensonger, ou présente des contradictions.
529. — Du cas où l'aveu est obscur ou équivoque; et de l'interprétation à laquelle il peut donner lieu.
530. — Les déclarations accessoires, que l'avouant ajoute au fait prin-

484. — L'article 1356 est ainsi conçu :

« L'aveu judiciaire est la déclaration, que fait en jus-
« tice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

« Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait.

« Il ne peut être divisé contre lui.

« Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve
« qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait
« être révoqué, sous prétexte d'une erreur de Droit. »

485. — Nous devons, sur ce texte, examiner les trois points, que voici :

A. — Quel est le caractère distinctif de l'aveu judiciaire ?

B. — Quelle en est la force probante?

C. — Quelle est la portée de la disposition législative, d'après laquelle il ne peut pas être divisé; — ni révoqué ?

486. — A. — L'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire ne sont pas gouvernés par les mêmes règles.

C'est ainsi que la règle de l'indivisibilité, que l'article 1356 applique à l'aveu judiciaire, n'est pas, rigoureusement du moins, applicable à l'aveu extrajudiciaire.

Et il en est de même de la rétractation de l'aveu, sur laquelle le texte s'explique pour l'aveu judiciaire, en gar-

dant le silence sur l'aveu extrajudiciaire. (*Infra*, n° 496.)

Il est donc important de bien distinguer les caractères différents de l'un et de l'autre.

487. — Or, l'article 1356 définit l'aveu judiciaire :

« La déclaration, que fait en justice la partie ou son « fondé de pouvoir spécial. »

En justice, c'est-à-dire dans une instance, et, en quelque sorte, devant le juge. C'est, en effet, de sa forme, et de la circonstance, où il est fait, que lui vient son nom d'aveu judiciaire.

C'est celui, dont le législateur s'est spécialement, et même presque exclusivement, occupé.

Il y en a deux motifs :

1° Parce que un tel aveu ne saurait guère être attribué à la légèreté, à l'irréflexion, et qu'on est, au contraire, bien fondé à le considérer comme sérieux et prémédité ;

2° Parce qu'il est toujours régulièrement constaté, et qu'il est dès lors possible d'en apprécier avec certitude les termes et la portée. Aussi, les parties ne manquent-elles pas, en pratique, d'en demander acte, afin de le préciser et de prouver aussi par là l'importance, qu'elles y attachent. (Comp. *infra*, n° 356.)

488. — Dans quels cas et de quelle manière principalement l'aveu judiciaire se produit-il?

Il y a deux cas, qu'il faut citer tout d'abord, parce qu'ils constituent précisément les moyens de l'obtenir; à savoir :

L'interrogatoire sur faits et articles;

Et la comparution personnelle à l'audience.

Il est évident que les déclarations ou explications faites devant le juge sont judiciaires.

C'est l'aveu judiciaire *verbal*, qui se trouve consigné dans le procès-verbal, qui en est dressé. (Comp. art. 119, 324 et suiv., Code de procéd.)

Cet aveu-là est, en général, *forcé*.

489. — L'aveu judiciaire peut aussi être *écrit*.

C'est celui qui se trouve dans les pièces ou actes de procédure, signifiés dans le cours de l'instance.

Il est, au contraire, en général, *spontané*.

490. — Faut-il considérer comme un aveu judiciaire celui qui est fait, devant le juge de paix, au Bureau de conciliation ?

La question est controversée.

Des auteurs considérables enseignent la négative :

D'où vient, disent-ils, à l'aveu son caractère judiciaire?

Il lui vient de ce qu'il est fait *en justice*, ou, en d'autres termes, dans une instance, et devant le juge.

Or, l'instance n'est pas encore engagée devant le juge de paix; et ce magistrat, en effet, ne siége pas alors comme juge;

Donc, l'aveu, qui est fait devant lui, au Bureau de conciliation, manque absolument du caractère judiciaire.

Est-ce que le juge de paix aurait qualité pour provoquer l'aveu de l'une des parties par un interrogatoire en forme?

Assurément non!

C'est donc, en effet, que l'instance n'est pas commencée, et qu'il n'a pas, dans ce cas, le caractère de juge.

Où commence-t-elle, l'instance *judiciaire?*

Ce n'est pas à la citation en conciliation.

C'est seulement à l'ajournement donné pour comparaître devant le tribunal. (Comp. Limoges, 18 avril 1839, Polony, Dev., 1839, II, 425; Bordeaux, 13 mars 1849, Brachet, Dev., 1849, II, 522.)

Donc, avant l'ajournement, il n'y a pas encore d'instance judiciaire; et il ne saurait dès lors non plus y avoir d'aveu judiciaire. (Comp. Pigeau, *Comment. de la procéd. civ.*, t. I, p. 150; Carré et Chauveau, *Lois de la procéd.*, quest. 229; Thomines-Desmasures, *Comment. de la procéd.*, t. I, n° 74; Bonnier, n° 358; Colmet de Santerre, t. V, n° 332 *bis*, 11.)

491. — Cette solution, toutefois, ne serait pas la nôtre; et nous pensons, au contraire, que l'aveu fait au Bureau de conciliation doit être considéré comme un aveu judiciaire :

1° D'abord, en raison, cette solution nous paraît bien plus satisfaisante.

Le caractère, et par suite aussi l'effet de l'aveu judiciaire, proviennent, avons-nous dit, de ce qu'il est présumé fait sérieusement, avec réflexion, et de ce qu'il est régulièrement constaté;

Or, ces deux conditions se rencontrent dans l'aveu fait au Bureau de conciliation.

Et il semble dès lors logique et naturel de le considérer comme un aveu judiciaire.

Cet aveu, répondent les dissidents, ne sera pas perdu pour l'autre partie; il constituera un aveu extrajudiciaire.

Ce n'est pas assez dire; et nous maintenons que, d'après les textes aussi, comme d'après les principes, il a le caractère d'un aveu judiciaire.

2° En effet, il résulte des articles 54 et 55 du Code de procédure, que le juge de paix a qualité pour constater, dans son procès-verbal, les aveux, que les parties peuvent faire devant lui :

Article 54 : « Lors de la comparution, le demandeur « pourra expliquer, même augmenter sa demande, et le dé« fendeur former celles, qu'il jugera convenables; le procès« verbal, qui en sera dressé, contiendra les conditions de « l'arrangement, s'il y en a; dans le cas contraire, il fera « sommairement mention que les parties n'ont pu s'ac« corder.

« Les conventions des parties, insérées au procès-ver« bal, ont force d'obligation privée. »

Article 55 : « Si l'une des parties défère le serment à « l'autre, le juge de paix le recevra, ou fera mention du « refus de le prêter. »

Or, il nous semble que l'on est autorisé à déduire de ces textes que, « si les parties consentent à l'insertion de leurs dires dans le procès-verbal, le juge de paix a toujours qualité pour les constater; » ce sont les termes mêmes de Bonnier, qui se refuse pourtant à y voir un aveu judiciaire!

Et ces termes sont conformes au texte de l'article 3 du titre VIII de la loi du 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, qui autorise le juge de paix :

« .... *à dresser un procès-verbal de leurs dires*, AVEUX, *et dénégations sur les points de fait....* »

3° On objecte qu'il n'y a pas encore d'instance judiciaire engagée.

A quoi nous répondons que si le préliminaire de conciliation ne forme point, par lui-même, une instance, il se lie, d'une manière indivisible, à l'instance, lorsqu'il a été suivi d'une demande en justice. (Arg. de l'art. 2245; comp. Paris, 31 janv. 1807, Sirey, 1807, II, 799; Turin, 6 déc. 1808, Sirey, 1814, II, 113; Limoges, 17 juill. 1849, Clément, Dev., 1849, II, 710; Delvincourt, t. II, p. 628; Toullier, t. V, n° 271; Duranton, t. XIII, n° 561; Boncenne, *Théorie de la procédure*, t. III, p. 45; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 336; Larombière, t. V, art. 1350, n° 2.)

492. — Nous ne pensons pas, au contraire, que l'on puisse considérer comme aveu judiciaire une déclaration faite devant un juge, dont l'incompétence *ratione materiæ* serait ensuite reconnue.

La raison de différence est évidente!

C'est que le juge de paix, au Bureau de conciliation, a, comme nous venons de le dire, qualité pour recevoir les déclarations, qui sont faites par les parties.

Tandis que cette qualité manque au juge, qui est incompétent en raison de la matière.

Il est vrai que le Code italien, dans son article 1356, dispose que l'incompétence du juge n'empêche pas que la

déclaration faite devant lui, n'ait le caractère d'un aveu judiciaire.

Mais il a, sur ce point, une disposition expresse, que notre Code ne renferme pas. (Comp. Cass., 11 juill. 1876, admission du pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Alger du 24 mars 1875, d'Hamidon, le *Droit* du 15 juillet 1876; Merlin, *Répert.*, v° *Confession;* Duranton, t. XIII, n° 562; Bonnier, n°s 350 et 358; Larombière, t. V, art. 1356, n° 4.)

493. — A plus forte raison, en est-il de même des déclarations insérées par l'une des parties dans une requête adressée à l'autorité administrative. (Comp. Cass., 9 janv. 1839, le préfet du Pas-de-Calais, Dev., 1839, I, 22.)

494. — Il faut appliquer aussi cette solution aux déclarations consignées dans des actes de poursuite ou d'exécution, qui ne présentent pas un caractère judiciaire, c'est-à-dire lorsque ces actes ne se rattachent, sous aucun rapport, à une instance, ni pour l'introduire, ni pour la continuer, ou la compléter.

Ces déclarations ne sauraient constituer des aveux judiciaires, puisqu'elles ne sont pas faites en justice; elles ne sont donc que des aveux extrajudiciaires. (Comp. Larombière, t. V, art. 1356, n° 3.)

495. — Encore moins, serait-il possible de considérer comme des aveux judiciaires les déclarations contenues dans une lettre missive adressée par l'une des parties à l'autre, même dans le cours d'une instance, et à l'occasion de la contestation engagée entre elles.

D'où viendrait donc à cette lettre, toute privée, son caractère judiciaire! (Comp. Cass., 7 nov. 1827, Sirey, 1828, I, 425; Cass., 9 janv. 1877, Préville, admission en ce sens du pourvoi formé contre les arrêts de la Cour d'appel de la Martinique, des 11 juin et 14 août 1875, le *Droit* du 11 janv. 1877; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 335; Larombière, t. V, art. 1356, n° 397.)

496. — Paul a fait un aveu extrajudiciaire, qui peut profiter à Jules, avec lequel il est en rapport d'affaires et d'intérêt.

Nous supposons que cet aveu extrajudiciaire est constant, soit parce qu'il est écrit, soit parce que, étant verbal, il a été prouvé ou qu'il peut être prouvé par témoins, en raison de la modicité de la valeur de la chose, qui va faire l'objet de la contestation, ou parce que les parties se trouvent dans l'un des cas, où la preuve testimoniale est exceptionnellement admissible, quelle que soit la valeur de la chose.

La contestation, en effet, s'engage; et voici que dans le cours de l'instance, Paul réitère judiciairement l'aveu, qu'il a fait d'abord extrajudiciairement.

Quel est l'effet de cette réitération?

L'aveu judiciaire absorbe-t-il l'aveu extrajudiciaire, de sorte qu'il n'y ait plus que le seul aveu judiciaire?

Ou, au contraire, l'aveu extrajudiciaire continue-t-il de subsister; de sorte qu'il y ait deux aveux : l'un, extrajudiciaire; l'autre, judiciaire?

La différence entre les deux solutions est importante.

Direz-vous que l'aveu extrajudiciaire s'est confondu avec l'aveu judiciaire, et que celui-ci est le seul qui subsiste?

Il en résultera que la partie, au profit de laquelle il a été fait, ne pourra, en effet, le considérer que comme un aveu judiciaire; et, par conséquent, cet aveu fera nécessairement pleine foi; mais aussi il sera nécessairement indivisible.

Direz-vous, au contraire, que chacun des deux aveux persiste, avec le caractère et les effets, qui lui sont propres?

Il en résultera que la partie, au profit de laquelle il a été fait, pourra choisir entre l'un et l'autre.

D'où la double conséquence :

Que si elle l'invoque comme aveu extrajudiciaire, il ne

fera pas nécessairement pleine foi à son profit; mais aussi, par contre, qu'il ne sera pas nécessairement indivisible;

Et que si elle l'invoque comme aveu judiciaire, il fera nécessairement pleine foi à son profit; mais aussi, par contre, qu'il sera nécessairement indivisible.

Et ce que nous disons pour la partie est également vrai pour le juge. (Comp. *infra*, n° 504.)

Eh bien! donc, n'y a-t-il plus qu'un seul aveu judiciaire?

Ou bien y a-t-il, maintenant, deux aveux distincts : l'un, extrajudiciaire; l'autre, judiciaire?

La première thèse est soutenue par plusieurs jurisconsultes, qui enseignent que l'aveu extrajudiciaire se transforme absolument, par sa réitération dans une instance, en aveu judiciaire, et qu'il ne peut plus être divisé :

« Comment, s'écrie Merlin, un aveu fait en justice pourrait-il cesser d'être considéré comme judiciaire, par la seule raison qu'il aurait été précédé d'un aveu extrajudiciaire, dont il ne serait que l'écho? cela répugne au bon sens naturel. » (*Quest. de Droit*, v° *Confession*, § 3, n° 2; comp. Cass., 30 avril 1821, Sirey, 1822, I, 54; Bonnier, n° 361.).

Tel n'est pas notre avis :

L'aveu extrajudiciaire, une fois fait, a créé un droit au profit de la partie, qui peut l'invoquer : le droit de s'en faire, contre l'avouant, un moyen de preuve;

Or, ni l'autre partie, ni le juge, ne peuvent priver une partie d'un droit, qui lui est acquis, d'une preuve, que la loi elle-même l'autorise à invoquer;

Donc, il ne saurait dépendre de la partie, qui a fait un aveu extrajudiciaire, d'enlever à l'autre partie le droit de se prévaloir de cet aveu, considéré tel qu'il a été fait, avec son caractère extrajudiciaire, en le transformant en un aveu judiciaire, c'est-à-dire en l'anéantissant tel qu'elle l'avait fait d'abord.

Elle ne le peut pas, de quelque manière d'ailleurs que l'aveu soit réitéré, spontanément dans une signification, ou forcément dans un interrogatoire sur faits et articles, ou dans une comparution à l'audience.

La partie, au profit de laquelle cet aveu extrajudiciaire a été fait, conserve donc toujours le droit de l'invoquer, avec les effets, qui lui sont propres. (Comp. Orléans, 7 mai 1818, Sirey, 1820, I, 232; Cass.., 10 déc. 1839, Léger, Dev., 1840, I, 467; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 336; Marcadé, art. 1356, n° 3; Larombière, t. V, art. 1356, n° 7.)

497. — Voici encore, dans le même ordre d'idées, une question fort débattue.

L'aveu n'est-il judiciaire que dans l'instance même où il a été fait; de sorte qu'il ne puisse être invoqué, dans une autre instance ultérieure, que comme un aveu extrajudiciaire?

Ou, au contraire, l'aveu fait dans une instance précédente conserve-t-il le caractère et les effets d'un aveu judiciaire, lorsqu'il est invoqué dans une nouvelle instance?

Un parti considérable dans la doctrine et dans la jurisprudence tient pour la première solution; et, afin de prouver que l'aveu fait dans une instance précédente est judiciaire aussi dans une instance nouvelle, il argumente du texte de la loi et des principes:

1° Aux termes de l'article 1356:

« L'aveu judiciaire est la déclaration, que fait en jus-
« tice la partie ou son fondé de pouvoir spécial. »

Ce texte est général et absolu; il ne distingue pas dans quelle instance l'aveu a été fait; il le déclare donc judiciaire, dès qu'il a été fait dans une instance, lors même qu'il serait invoqué dans un autre instance:

« Attendu, dit la Cour de cassation, que l'aveu judiciaire peut être invoqué, non-seulement dans l'instance où il a été fait, mais encore dans les instances ulté-

rieures; — que c'est ce qui résulte des termes de l'article 1356 du Code Napoléon.... » (Cité *infra.*)

2° On ajoute que cette disposition est conforme aux principes et à la raison.

« Le même fait, s'écrie Marcadé, ne peut pas être vrai dans le premier procès et faux dans le second. »

C'est, dit-il, ce qui résulte de ce témoignage même de Voët, dont les dissidents invoquent à tort l'autorité :

« *Confessio, in uno judicio civili facta, etiam probat in alio, inter easdem personas.* » (Ad Pandect., lib. CLII, tit. II, *de Confessis*, n° 7.)

3° On remarque enfin qu'il ne faut pas confondre la force probante, que la loi attache à l'aveu, avec l'autorité, qu'elle attache à la chose jugée. Ce sont là deux présomptions légales distinctes ; et tandis que l'une, celle de l'autorité de la chose jugée, est relative; l'autre, celle de la force probante de l'aveu, est absolue. Il est facile de comprendre la raison de cette différence : c'est que l'aveu, très-différent, en effet, de la chose jugée, émane de la partie elle-même; c'est elle, qui a fait sa loi ; et ce qu'elle a ainsi déclaré, à titre d'aveu, doit être, en conséquence, considéré, par son propre fait, comme l'expression de la vérité. (Comp. Paris, 13 juin 1809; Cass., 9 mai 1834; Cass., 16 mars 1868, Sauvageot, Dev., 1868, I, 409; Marcadé, art. 1356, n° 2; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, § 605, p. 536, note 2; Baroche, *Encyclopédie du Droit*, v° *Aveu*, n° 14; *Observations* sur l'arrêt du 16 mars 1868, Dev., *loc. supra cit.*)

498. — Les arguments, que nous venons d'exposer, sont sérieux sans doute; et la conclusion, que l'on en tire, semble se recommander aussi par un sentiment d'honnêteté, que nous ne voulons pas méconnaître.

Cette conclusion pourtant n'est pas, suivant nous, juridique; et nous croyons pouvoir démontrer qu'elle viole l'un des principes les plus certains du Droit civil, celui que l'article 1351 consacre, à savoir :

Que toute preuve, qui est empreinte d'un caractère judiciaire, ne peut avoir qu'un effet essentiellement relatif.

Voilà, contre la doctrine, qui précède, notre principal, et nous ne demandons pas mieux que d'ajouter, notre seul argument. Mais cet argument nous paraît suffire à ruiner tous ceux qu'elle a présentés; car, à notre avis, il est tranchant :

1° D'où vient, en effet, à l'aveu fait en justice, la force probante, que la loi y attache?

Elle vient précisément de ce qu'il *a été fait en justice, dans une instance*, c'est-à-dire uniquement de son *caractère judiciaire;* et c'est bien là son vrai nom, celui, par lequel notre texte le désigne.

L'aveu judiciaire, c'est, en quelque sorte, un jugement, que la partie, qui avoue, rend contre elle-même.

« *Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.* » (L. 1, ff. *de Confessis.*)

Paul, en écrivant cette maxime, ne faisait pas une simple métaphore; il posait une vérité juridique incontestable.

Or, s'il en est ainsi, s'il est vrai que l'aveu judiciaire tire toute sa force de ce qu'il participe au caractère de la chose jugée, dont il forme lui-même l'un des éléments, la conséquence est forcée ; il faut conclure qu'il est relatif, et qu'il ne produit d'effet que sous les conditions et dans les limites, où la chose jugée elle-même produit son effet.

2° L'article 1356 ne distingue pas!

Mais vraiment, est-ce qu'il avait besoin de distinguer!

Ne suffit-il pas qu'il ait appliqué à cet aveu la qualification de *judiciaire*, pour décréter virtuellement, mais très-certainement, qu'il ne peut être invoqué, comme tel, que dans l'instance même où il a été fait!

3° Le même fait ne peut pas être vrai dans le premier procès, et faux dans le second!

Mais c'est là évidemment une confusion, qui déplace la difficulté.

Il ne s'agit pas, au fond, de savoir si le fait avoué est vrai ou faux.

L'unique question est celle-ci :

Ce fait, par suite de l'aveu, qui a eu lieu dans une instance précédente, doit-il être tenu pour avéré dans une instance postérieure?

Or, nous venons de démontrer (c'est notre espoir du moins), que c'est là une question de droit, dont la solution n'est nullement subordonnée, en fait, au point de savoir si l'aveu est ou non conforme à la vérité, mais dépend uniquement, en droit, du caractère judiciaire de l'aveu lui-même et de son effet essentiellement relatif.

4° L'aveu fait dans une instance pourrait-il être invoqué, dans une autre instance, par des personnes, qui n'auraient pas été parties dans l'instance précédente, où il aurait été fait?

Non! (Comp. cass., 23 avril 1877, Python, D., 1878, I, 22.)

C'est ce que répondent les partisans eux-mêmes de la doctrine, que nous combattons.

Eh bien! cette concession ou plutôt cette contradiction, suivant nous, manifeste, nous paraît, de plus en plus, démontrer le vice de leur doctrine.

Pourquoi donc, en effet, répondent-ils : non, *quant aux personnes*, après avoir répondu : oui, *quant aux choses!*

S'ils n'admettent pas que l'aveu fait, dans une instance, puisse profiter, dans une instance postérieure, à des personnes, qui n'étaient pas parties dans l'instance précédente, ce ne peut être qu'en vertu de l'article 1351, qui exige, pour l'autorité de la chose jugée, l'identité des personnes, *eædem personæ;*

Or, l'article 1351 exige également et cumulativement, pour l'autorité de la chose jugée, l'identité des choses, *eædem res;*

Donc, par la même raison que l'aveu fait dans une instance, ne peut pas être invoqué, dans une instance nouvelle, *par une autre personne*, qui n'était pas partie, dans l'instance où il a été fait;

L'aveu fait dans une instance, ne peut pas être invoqué, dans une autre instance, par la personne même qui était partie dans l'instance où il a été fait, si, dans l'instance postérieure, il s'agit *d'une autre chose*.

Nous concluons donc que cet aveu, qui était judiciaire dans l'instance précédente, n'est qu'extrajudiciaire dans l'instance postérieure.

Notre savant collègue, M. Colmet de Santerre, remarque, du reste, fort justement, que « le juge étant maître d'attacher une importance décisive à l'aveu extrajudiciaire, la partie, qui invoque l'aveu en sa faveur, ne perdra pas grand'chose à ce changement de nature de l'aveu. » (T. V, n° 333 *bis*, II; comp. Cass., 4 août 1840, Noyer, Dev., 1840, I, 903; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Confession*, § 1; Toullier, t. VI, n°s 26 et suiv.; Rauter, *Cours de procédure civile*, § 133; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 334; Larombière, t. VI, art. 1356, n° 5.)

499. — L'aveu judiciaire peut être fait soit par la partie elle-même, soit par son fondé de pouvoir spécial (art. 1356).

C'est là, ainsi que nous l'avons expliqué, une règle commune aux deux espèces d'aveu (*supra*, n° 463).

Et cette règle est, en conséquence, applicable aux officiers ministériels, avoués et huissiers, qui sont chargés soit de représenter les parties en justice, soit de faire, en leur nom, des significations judiciaires ou extrajudiciaires.

Il y a, toutefois, ceci à remarquer, en ce qui concerne l'aveu fait par un officier ministériel, que cet officier (le procureur), comme disait Pothier, est censé avoir eu un pouvoir de sa partie de le faire, tant qu'il n'est pas désavoué (n° 831).

Et c'est seulement, en effet, au moyen d'un désaveu, proposé dans les formes prescrites à cet égard, que cet aveu peut être repoussé par la partie, à laquelle il est préjudiciable (art. 352 et suiv. Cod. de procéd.; Duranton, t. XIII, n° 586; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 337; Larombière, t. V, art. 1356, n° 9.)

500. – Quant aux aveux, qui pourraient être faits par un avocat, plaidant avec l'assistance d'un avoué, la règle est qu'ils doivent être considérés comme faits par l'avoué lui-même.

En conséquence, de deux choses l'une :

Ou l'avoué les rétracte immédiatement; et alors, ils n'engagent pas la partie;

Ou l'avoué ne les rétracte pas; et alors, il est censé se les approprier; et ces aveux engagent la partie, tant que celle-ci ne les a pas repoussés par le moyen d'un désaveu.

D'un désaveu, dirigé contre qui?

Contre l'avoué évidemment, par qui ces aveux, disons-nous, sont censés avoir été faits;

Et non pas contre l'avocat, qui, ne pouvant pas engager la partie par ses aveux, ne saurait être passible de désaveu. (Comp. Cass., 16 mars 1814, Sirey, 1814, I, 296; Cass., 8 déc. 1829, Pieffort, D., 1830, I, 43; Cass., 9 avril 1838, Hauchard, Dev., 1838, I, 442; Toullier, t. VI, n° 298; Bonnier, n° 351; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 338; Larombière, t. V, art. 1356, n° 9.)

500 *bis*. — Les aveux faits par les *agréés*, lieraient leurs clients, dit M. Baroche; car ils sont, à l'égard de ces derniers, de véritables procureurs *ad lites*.

Ajoutons que les agréés ne peuvent plaider pour autrui, devant les tribunaux de commerce, qu'en vertu d'un pouvoir spécial, à moins que la partie présente à l'audience ne les y autorise. (Comp. *Encyclopédie du Droit*, v° *Agréé*, n° 7; et v° *Aveu*, n° 18.)

501. — Nous nous sommes expliqué plus haut sur les aveux, qui seraient faits en justice par les person-

nes, qui ne peuvent plaider qu'avec une autorisation, lorsque cette autorisation leur a été accordée (*supra*, nos 468 et suiv.).

502. — B. — Et maintenant, quelle est la force probante de l'aveu judiciaire?

C'est notre seconde question (*supra*, no 485).

L'article 1356 y répond en ces termes :

« Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. »

Pleine foi! c'est-à-dire qu'il fournit une preuve complète, de toutes les preuves, en effet, la plus irrécusable!

« *Confessio omnium probationum maxima est*, » disait Menochius (*de Præsumpt.*, lib. I, *quæst.* 1, no 37, et *quæst.* 61, no 8) ;

La preuve par excellence, *probatio probatissima!* (Art. 1350.)

503. — Et de là deux conséquences :

1° La partie, qui se prévaut d'un aveu de son adversaire, est dispensée de rapporter la preuve du fait avoué.

Tel est précisément l'effet de l'aveu, qu'il intervertit les rôles.

La partie, qui alléguait un fait à l'appui de sa demande ou de son exception, devait fournir elle-même la preuve de ce fait.

Que son adversaire l'avoue.

Voilà sa preuve tout acquise!

Et ce serait maintenant à son adversaire, s'il voulait reprendre son aveu, à prouver qu'il a été la suite d'une erreur de fait.

2° Le juge lui-même est tenu légalement de considérer comme constant le fait avoué par la partie;

De sorte qu'il ne lui serait pas permis d'infirmer la pleine foi, qui est due à l'aveu, si ce n'est seulement dans les circonstances, où la loi elle-même en autorise la rétractation (art. 1350, 1352; comp. le tome VI de ce *Traité*, no 220; Cass., 12 mai 1850, Rocques, Dev.,

1850, I, 258; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 339; Larombière, t. V, art. 1356, n° 11).

504. — Est-il besoin de dire que cette pleine foi de l'aveu est opposable non-seulement à celui qui l'a fait, mais aussi à ses successeurs universels?

Cela est d'évidence! (Art. 724, 873, 1009, 1220; comp. Cass., 16 mars 1868, Sauvageot, Dev., 1868, I, 409.)

505. — Ce qui n'est pas moins certain, c'est que l'aveu fait foi seulement *contre celui qui l'a fait*, et non pas *pour lui;*

A la condition, bien entendu, que celui, qui s'en prévaut, ne puisse pas le diviser, en ce qu'il contient de contraire à sa prétention. (Comp. art. 1330.)

Et nous arrivons ainsi, par une transition toute naturelle, à notre troisième et dernière question sur l'aveu judiciaire.

506. — C. — Quelle est la portée de la disposition législative, d'après laquelle l'aveu judiciaire ne peut pas être divisé? — ni rétracté? (*Supra*, n° 485.)

507. — I. — Nous avons à traiter d'abord de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire.

Aux termes de l'article 1356 :

« Il ne peut être divisé contre celui qui l'a fait. »

Cette règle est tout à la fois logique et équitable.

Elle est logique; en effet, c'est ici une question de preuve. La preuve d'un fait litigieux est à la charge de celle des parties, qui l'allègue à l'appui de sa demande ou de son exception.

L'aveu de ce fait, par l'autre partie, peut sans doute la décharger du fardeau de cette preuve.

Mais dans quelle mesure? et jusques à quel point?

Évidemment, il ne peut l'en décharger, qu'en tant seulement qu'il fournit la preuve complète et adéquate du fait, *tel qu'il est allégué par son adversaire.*

Si donc l'aveu ne fournit cette preuve qu'en partie, il ne déchargera qu'en partie l'adversaire de l'avouant du

fardeau de la preuve, puisque la partie non avouée du fait allégué n'est pas prouvée à son profit.

Et de même, si l'avouant accompagne son aveu de restrictions, ou de modifications, l'aveu, ainsi fait, ne dispensera pas du tout l'adversaire de l'obligation de prouver le fait, tel qu'il l'allègue, sans ces restrictions ou modifications ; puisque le fait, *tel qu'il est avoué* par *l'un*, ne se trouve pas être le fait, *tel qu'il est allégué par l'autre.*

En établissant que la règle est logique, nous avons aussi établi qu'elle est équitable. Autrement, en effet, et à diviser l'aveu, on ferait dire à l'avouant ce qu'il n'a pas dit, autre chose que ce qu'il a dit !

Pour savoir donc ce qu'il a dit, il faut prendre sa déclaration tout entière, dans son unité; car c'est précisément son unité, qui fait son indivisibilité.

Et de là cette maxime, vraie surtout de l'aveu :

« *Aut ex toto sumendum, aut ex toto rejiciendum.* » (Comp. le tome VI de ce *Traité*, nº 212; et le remarquable rapport de M. le conseiller Connelly, à l'audience de la Cour de cassation du 18 février 1873, D., 1873, I, 135.)

508. — Il faut pourtant que nous ajoutions que cette règle de l'indivisibilité de l'aveu, considérée historiquement, ne semble pas apparaître, dans le passé, avec ce caractère de nécessité logique, sous lequel nous venons de la représenter.

Ce n'était là, en effet, dans notre ancien Droit, qu'une simple règle doctrinale, dont quelques auteurs contestaient même l'exactitude.

Berroyer, notamment, dans ses *Notes sur les arrêts de Bardet*, reprochait aux *praticiens de s'être ingérés de dire que, en matière civile, l'on ne peut diviser la confession, soit judiciaire, ou contractuelle, de l'une des parties.* » (T. I, p. 617.)

Ce qui est certain, c'est que l'application de cette règle

demeurait, dans tous les cas, soumise à l'appréciation discrétionnaire du juge, comme le jurisconsulte Scævola l'avait dit, dans ses *Réponses* : « .... *judicem æstimaturum* » (l. 26, § 2, ff. *Depositi;* comp. Merlin, *Questions de Droit*, v° *Confession*, § 2).

Philosophiquement aussi, on pourrait remarquer que la règle de l'indivisibilité de l'aveu, son importance et son étendue, se trouvent, plus ou moins, subordonnées, dans les différentes législations, au système particulier de chacune d'elles sur l'organisation des preuves, en matière civile.

« Il est aisé de comprendre, dit M. Larombière, que, sous une législation, qui admettrait indistinctement tous moyens de preuve, les actes écrits, les témoins et les présomptions, le principe de l'indivisibilité de l'aveu, en admettant qu'il y pût trouver place, n'aurait qu'une portée très-faible et même nulle. Comme il serait permis de combattre dans tous les cas, et par toute espèce de moyens de preuve contraire, les allégations accessoires, qui modifient l'aveu, on pourrait toujours commencer par se prévaloir de la partie avantageuse de la reconnaissance, sauf ensuite à établir l'erreur, le mensonge ou la fausseté des restrictions, qui tendent à neutraliser les conséquences de l'aveu. » (T. V, art. 1356, n° 16.)

Cette appréciation, toutefois, n'est-elle pas trop absolue?

Nous sommes porté à le croire, et que si, en effet, la règle de l'indivisibilité de l'aveu peut, suivant les systèmes de preuve admis par les différentes législations, en matière civile, recevoir des applications plus ou moins rigoureuses, elle n'en existe pas moins partout comme une règle de logique et d'équité.

Ce qui est évident, du reste, c'est que, dans le système restrictif des moyens légaux de preuve, que le Code Napoléon a consacré, cette règle est d'une importance considérable.

509. — Il est donc nécessaire de la bien poser, et d'en mesurer exactement les conséquences.

Puissions-nous ne pas encourir le reproche, que Voët adressait, de son temps, aux auteurs, qui avaient traité cette matière :

« *An confessio per adversarium dividi, ac pro parte acceptari, pro parte repudiari possit, non satis inter juris interpretes expeditum est,* » disait-il. (Sur le titre du Digeste : *de Confessis*, n° 5.)

C'est que la tâche offre, en effet, des difficultés sérieuses.

Afin de les résoudre, il faut distinguer d'abord trois sortes d'aveu :

a. — L'aveu pur et simple ;

b. — L'aveu qualifié ;

c. — L'aveu complexe.

510. — *a.* — L'aveu pur et simple est celui par lequel l'une des parties reconnaît, entièrement et identiquement, le fait litigieux, tel qu'il est allégué par l'autre, sans changement, ni restrictions, ni additions, ou modifications.

La concordance est complète entre le fait allégué et le fait avoué.

Rien de plus simple alors ! Non-seulement la règle de l'indivisibilité de l'aveu n'y peut soulever aucun doute ; mais on ne concevrait même pas qu'elle fût susceptible d'application.

Paul allègue qu'il a prêté à Pierre une somme de dix mille francs, avec intérêts à cinq pour cent, remboursable dans le délai de deux ans.

Et Pierre reconnaît tout ensemble le fait principal du prêt, et les clauses accessoires des intérêts à cinq pour cent, et du remboursement dans le délai de deux ans.

La preuve est donc faite, par cet aveu, au profit de Paul, de la manière la plus pleine !

Quel intérêt aurait-il à le diviser !

Il ne pourrait le diviser que contre lui-même!

511. — *b.* — Mais la difficulté commence à s'élever, au contraire, relativement à l'aveu qualifié ou modifié.

L'aveu qualifié, *confessio qualificata*, disait Voët, et *informata*, disait Zoëzius, est celui par lequel l'une des parties ne reconnaît le fait allégué par l'autre que sous certaines restrictions, additions ou modifications, qui en altèrent l'essence ou la nature juridique; de sorte que le fait, qui est avoué, n'est pas finalement le même que le fait, qui est allégué.

D'où résulte cette alternative capitale :

Ou que le fait allégué ne se trouve pas prouvé du tout par l'aveu;

Ou qu'il ne se trouve prouvé que tel que l'aveu le reconnaît, avec les restrictions, additions, ou modifications, qu'il y ajoute.

Dans le premier cas, si vous rejetez l'aveu, votre preuve n'est pas faite du tout; il faut la faire!

Dans le second cas, si vous acceptez l'aveu, votre preuve n'est faite que dans les termes et dans les limites, que l'avouant y a posés.

Voilà toute la règle de l'indivisibilité de l'aveu!

Paul allègue qu'il a prêté à Pierre une somme de dix mille francs, avec intérêts à cinq pour cent, remboursable dans le délai de deux ans.

Et Pierre, en reconnaissant qu'il a reçu, de Paul, à titre de prêt, la somme de dix mille francs, ajoute qu'il n'a promis des intérêts qu'à trois pour cent, et que la somme ne doit être remboursable que dans quatre ans.

Est-ce que Paul pourrait s'emparer de cet aveu, pour soutenir qu'il lui fournit la preuve du fait allégué par lui?

Évidemment non!

Les clauses et conditions accessoires, ajoutées par Pierre à son aveu, sont, en effet, elles-mêmes essentiellement constitutives du fait principal, tel qu'il le recon-

naît; ce sont elles, qui en déterminent le vrai caractère et les conséquences juridiques. Ce serait donc dénaturer absolument le fait tel qu'il est avoué, que de le séparer de ces clauses et de ces conditions; le scinder, le mutiler, ce serait faire dire à l'avouant autre chose que ce qu'il a dit!

Il en est d'un aveu, comme de tout autre document juridique, d'une loi, d'une convention, d'un testament. On ne peut le connaître, et on ne le connaît, en effet, qu'en le prenant dans son entier.

Notre honorable collègue, M. Colmet de Santerre, a su rendre cette démonstration saisissante :

« C'est comme si, dit-il, l'aveu d'un débiteur actionné pour une somme de mille francs, consistait dans la déclaration qu'il a emprunté cinq cents francs. » (T. V, n° 334 *bis*, II.)

Assurément!

Que ce soit *moins* ou *autrement*, il n'importe! dès qu'*il* y a différence, discordance, entre le fait allégué et le fait avoué.

512. — Nous venons d'expliquer de quelle manière la règle de l'indivisibilité est applicable à l'aveu qualifié.

Cette application est l'une des plus fréquentes dans la pratique; et la jurisprudence en offre de nombreux exemples; c'est, en effet, sur l'aveu qualifié que les controverses, relatives à l'indivisibilité, s'élèvent le plus souvent.

Il importe, en conséquence, de préciser les deux conditions, sous lesquelles cet aveu est indivisible.

Ces deux conditions sont : la *simultanéité* et la *connexité* du fait, qui est allégué par l'une des parties dans sa demande ou dans son exception, et des restrictions ou modifications, qui y sont ajoutées par l'autre dans son aveu.

C'est par ce double lien, que l'allégation d'un côté et l'aveu de l'autre, doivent se réunir :

Simultanéité, dans le temps;

Connexité, dans les faits.

Chaque fois que ces deux conditions se rencontrent dans un aveu, on peut affirmer qu'il est indivisible.

Paul allègue qu'il a prêté à Pierre une somme de dix mille francs, avec intérêts à cinq pour cent, remboursable dans le délai de deux ans.

Et Pierre reconnaît qu'il a reçu, de Paul, à titre de prêt, la somme de dix mille francs, mais seulement avec intérêts à trois pour cent et remboursable dans le délai de quatre ans.

Les clauses et conditions ajoutées par Pierre au prêt allégué par Paul, sont évidemment, telles qu'il les ajoute et les avoue, contemporaines du prêt lui-même; elles sont nées en même temps que le prêt.

Et, par suite, aussi, elles sont connexes, corrélatives à ce prêt; elles y sont inhérentes; c'est comme cela et non pas autrement, d'après son aveu, que le prêt a été fait.

513. — Nous avons toujours conservé la même espèce pour la plus grande clarté de nos explications.

Il y en a bien d'autres, et de très-variées, que l'on peut trouver dans les Recueils d'arrêts.

Voici un défendeur assigné en payement d'une somme, que le demandeur prétend lui avoir remise à titre de prêt.

Cette somme, répond-il, m'a été, en effet, remise; mais il a été convenu qu'elle m'était abandonnée moyennant une rente viagère, dont j'ai été chargé, et dont j'avoue que je suis débiteur.

Aveu indivisible!

Ou c'est le porteur d'un billet, qui, en même temps qu'il avoue que la cause énoncée dans ce billet n'est pas véritable, assigne une autre cause licite à sa créance.

Aveu indivisible!

Nous en avons indiqué aussi un autre exemple, important et très-pratique, dans notre *Traité des Successions*.

(T. IV, n° 329; comp. Cass., 28 avril 1807, Sirey, 1807, II, 810; Cass., 3 déc. 1817, Sirey, 1818, I, 175; Cass., 30 août 1821, Sirey, 1822, I, 54; Riom, 25 juill. 1827, Sirey, 1830, II, 12; Cass., 4 déc. 1827, Sirey, 1828, I, 42; Cass., 10 janv. 1832, Dev., 1832, I, 90; Cass., 26 nov. 1849, Sidenham, Dev., 1850, I, 29; Paris, 20 févr. 1852, Lethorel, Dev., 1852, II, 124; Cass., 14 avril 1852, Pouille, Dev., 1852, I, 453; Cass., 18 févr. 1873, de Bovée, Dev., 1873, I, 168; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 340-341; Colmet de Santerre, t. V, n° 334 *bis*, II; Taulier, t. IV, p. 561; Larombière, t. V, art. 1356, n° 15.)

514. — *c.* — Reste l'aveu complexe. (*Supra*, n° 509.)

C'est celui, dans lequel l'avouant ajoute au fait allégué par son adversaire, un autre fait, nouveau et distinct, qui en modifie, en restreint, ou même en éteint entièrement les conséquences juridiques.

Cette complexité de l'aveu est de deux sortes :

I. Il se peut que ce fait nouveau, sans être simultané, soit connexe;

II. Il se peut qu'il ne soit ni simultané, ni connexe.

515. — L'ancienne doctrine paraît avoir été, en Allemagne du moins, et en Belgique, plutôt qu'en France, que la règle de l'indivisibilité ne s'appliquait à l'aveu complexe ni dans l'un ni dans l'autre cas, et que cet aveu pouvait toujours être divisé.

Paul allègue que Pierre a contracté, envers lui, le 1er mars, une obligation pure et simple.

Pierre avoue l'existence de l'obligation; mais il ajoute que cette obligation, d'abord pure et simple, a été, le 1er juin suivant, d'un commun accord entre Paul et lui, transformée en une obligation conditionnelle.

Ou, encore, Paul allègue que, le 1er mars, il a prêté à Pierre une somme de 10000 francs.

Et Pierre, tout en avouant le prêt, ajoute qu'il a rem-

boursé à Paul cette somme, ou que celui-ci lui en a fait remise le 1er juin, et qu'il n'est plus son débiteur.

L'aveu de Pierre est-il indivisible?

Ou au contraire, Paul peut-il, dans le premier cas, soutenir que l'aveu de Pierre prouve l'existence de l'obligation pure et simple, sans prouver l'existence de la condition?

Et dans le second cas, que l'aveu de Pierre prouve l'existence du prêt, sans prouver le remboursement ni la remise?

Nous citons ces deux exemples, d'après Voët, qui décidait, en effet, formellement que l'aveu de Pierre pouvait être divisé par Paul; de sorte que ce serait à l'avouant, constitué ainsi débiteur pur et simple par son aveu, à prouver l'existence de la condition ou de la remise.

La règle de l'indivisibilité de l'aveu, suivant lui, était applicable dans le cas seulement où se rencontraient à la fois les deux conditions de simultanéité dans le temps, et de connexité dans les faits.

« *Sin omnia confessione comprehensa inter se connexa sint*, disait-il, ET UNIUS QUASI ACTUS CONTINUI FACTUM CONTINEANT, *non videtur circa eumdem actum admittenda separatio.....* »

Et il ajoutait :

« *Diversum esset, si confessione contineantur connexa,* QUÆ NON EODEM, SED ALIO TEMPORE GESTA SUNT...; *veluti, si quis fateatur se primo pure debuisse, sed postea conditionem obligationi fuisse appositam; vel se debere seu debuisse, sed pactum de non petendo fuisse interpositum; recte enim, hoc casu, ab eo qui debitum confessus est, probatio exigitur conditionis adjectæ.* » (Sur le titre du Digeste : *de Confessis*, n° 5.)

Telle était également la doctrine de Zoëzius, qui n'admettait aussi la règle de l'indivisibilité de l'aveu que dans le cas où les faits, qui s'y trouvent compris, sont

connexes, et ont pu s'accomplir dans un seul et même temps :

« *Quod est dicendum, si confessio fuerit qualificata et informata,* SIVE EXTENSA AD PLURA, QUÆ SIMUL COHÆRENT ET CONNEXA SUNT, QUÆQUE UNO ET EODEM TEMPORE POTUERUNT SIMUL CONTINGERE. » (Sur le titre du Digeste : *de Confessis*, n° 9.)

516. — Ajoutons que cette doctrine a eu encore des partisans dans le Droit nouveau.

Merlin, en la reproduisant, paraît l'approuver; et c'est même à cette occasion, que l'illustre procureur général a fait de Voët ce bref et certainement très-juste éloge, « que, par sa méthode et sa logique, il mérite d'être appelé le géomètre de la jurisprudence. » (*Quest. de Droit*, v° *Confession*, § 2.)

Le sentiment de Zachariæ sur ce point n'est pas non plus équivoque ; le savant auteur refuse formellement d'appliquer la règle de l'indivisibilité à l'aveu complexe (§ 767, notes 14 et 15).

Telle est aussi la doctrine de M. Baroche (*Encyclopédie du Droit*, v° *Aveu*, n° 23).

Bien plus ! l'ancienne doctrine semble se retrouver dans les arrêts de la jurisprudence moderne :

« Attendu, dit la Cour de cassation, que le principe de l'indivisibilité de l'aveu ne reçoit d'application QU'AU CAS OU L'AVEU PORTE SUR UN MÊME FAIT PASSÉ DANS UNE CIRCONSTANCE UNIQUE.... » (6 févr. 1838, Cayro, Dev., 1838, I, 108.)

« Attendu que les termes généraux et absolus de l'article 1356 : L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui, qui l'a fait, ne permettent aucune espèce de division entre les différentes parties d'un aveu, *lorsque, comme dans l'espèce, elles forment un tout continu, unique et complet....* » (14 avril 1852, Pouille, Dev., 1852, I, 453.)

N'est-ce point là un vestige très-reconnaissable encore

de la formule même de Voët : « .... *unius quasi actus continui....* » ? (*Supra*, n° 505.)

517. — Nous ne méconnaîtrons pas que la règle de l'indivisibilité ne soulève plus de difficultés dans son application à l'aveu complexe que dans son application à l'aveu qualifié.

Il semble, en effet, que ce fait postérieur et distinct, que l'avouant ajoute au fait principal allégué par son adversaire, soit lui-même un fait principal et indépendant; d'où l'on serait autorisé à conclure qu'il y a là non pas un aveu unique, mais deux aveux, dont l'un peut faire foi contre lui, et dont l'autre ne peut faire foi pour lui.

Aussi MM. Aubry et Rau conviennent-ils « qu'il est plus difficile de justifier, en pure théorie, l'indivisibilité de l'aveu complexe que celle de l'aveu qualifié. » (T. VI, p. 341).

Nous n'hésitons pas toutefois à penser que la doctrine ancienne, telle que nous venons de l'exposer, est trop absolue.

Et, à notre avis, il faut distinguer entre les deux espèces de complexité, que nous avons définies (*supra*, n° 514).

I. — Les faits compris dans l'aveu sont-ils connexes, quoiqu'ils ne soient pas simultanés ?

L'aveu est indivisible.

II. — Les faits, au contraire, ne sont-ils ni connexes, ni simultanés ?

L'aveu est divisible.

518. — I. — Paul allègue que, le 1er mars, il a livré à Pierre une somme de 1000 francs à titre de prêt.

Et Pierre, en avouant qu'il a reçu cette somme, le 1er mars, ajoute qu'il l'a rendue, le 1er juin.

Eh bien ! disons-nous, cet aveu est indivisible; et il prouve, du même coup, l'existence antérieure de la dette et son extinction postérieure :

1° L'article 1356 est, en effet, absolu :

« L'aveu judiciaire ne peut pas être divisé contre celui « qui l'a fait. »

Le texte ne distingue pas entre les différentes espèces d'aveu, pur et simple, qualifié ou complexe ;

Donc, il s'applique, dans sa généralité, à toutes les espèces d'aveu.

2° On objecte qu'il n'y a pas, dans l'aveu complexe, un aveu unique, mais deux aveux distincts, et que le fait avoué par l'une des parties n'est pas *continu* avec le fait allégué par l'autre.

A quoi nous répondons que cette objection, qui sera vraie, suivant nous aussi, dans la seconde hypothèse de l'aveu complexe (*infra*, n° 521), n'est, au contraire, nullement exacte dans celle-ci.

En effet, la connexité, qui unit l'une à l'autre les deux déclarations de l'avouant, est telle que les deux faits, que son aveu comprend, ne constituent, en réalité, qu'un seul fait.

D'une part, le second fait se réfère essentiellement au premier ; il en implique, il en présuppose forcément l'existence ;

Et d'autre part, il est lui-même une conséquence naturelle, ordinaire, et, dans tous les cas, possible et raisonnablement admissible du premier.

De sorte que cette étroite corrélation, qui les relie l'un à l'autre, et qui fait considérer le second comme la conséquence du premier, efface, en quelque sorte, l'intervalle de temps qui les sépare, pour les confondre dans un seul et même fait, par une sorte de simultanéité rétrospective !

C'est donc bien alors le même fait, le fait complet et achevé !

Voilà la raison logique.

3° Voici maintenant la raison d'équité.

C'est que les parties, dans ce cas, ont suivi récipro-

quement la foi l'une de l'autre; notre question, en effet, suppose évidemment que le demandeur n'a pas une preuve littérale du prêt, qu'il allègue avoir été fait par lui.

Vous m'aviez prêté sans un acte écrit.

Je vous ai remboursé sans un acte écrit!

Qu'avais-je besoin, contre vous, d'une quittance écrite, quand vous n'aviez pas, contre moi, de billet écrit!

Un tel langage est décisif; et on ne pourrait le récuser, qu'en violant cette réciprocité de situation, que les parties ont, de part et d'autre, acceptée.

4° Aussi, notre législateur a-t-il formellement consacré la solution, que nous défendons.

L'article 1924 est, en effet, explicite en ce sens :

« Lorsque le dépôt étant au-dessus de cent cinquante « francs, n'est point prouvé par écrit, celui qui est atta- « qué comme dépositaire, en est cru sur sa déclaration, « soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose, qui « en faisait l'objet, *soit pour le fait de sa restitution.* » (Comp. aussi l'article 1330.)

5° Remarquons enfin que cette première hypothèse de l'aveu complexe était précisément celle, que, dans notre ancien Droit, Pothier présentait comme exemple de l'indivisibilité de l'aveu (n° 835);

Et que c'est elle aussi, que, dans son rapport au Tribunat, M. Jaubert citait pour expliquer la disposition de notre article 1356! (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 536, n° 36; comp. Cass., 6 nov. 1838, Demontmort, Dev., 1838, I, 892; Cass., 25 avril 1853, Dehaussy, Dev., 1853, I, 368; Cass., 21 avril 1856, Decori, Dev., 1857, I, 280; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 341; Bonnier, n° 356; Colmet de Santerre, t. V, n° 334 *bis*, III; Larombière, t. V, art. 1356, n° 17.)

519. — La même doctrine doit être appliquée à toutes les espèces semblables à celles, que nous venons de présenter comme exemple.

Paul allègue qu'il a versé, le 1er mars, à Pierre, une somme de mille francs, à titre de prêt.

Et Pierre, en avouant le prêt, ajoute, non pas, comme dans l'espèce précédente, qu'il a remboursé cette somme à Paul, mais que, le 1er juin, Paul lui en a fait remise (art. 1282).

Son aveu sera indivisible!

520. — Mais Paul allègue qu'une convention quelconque, une vente, par exemple, a eu lieu, le 1er mars, entre Pierre et lui.

Et Pierre, en avouant que cette convention a eu lieu, en effet, le 1er mars, ajoute que, le 1er juin suivant, du consentement mutuel des parties, elle a été modifiée soit par un terme, soit par une condition, ou transformée par une novation, ou même révoquée complétement (art. 1134).

Cet aveu sera-t-il indivisible?

La Cour de cassation, dans son arrêt du 6 février 1838, semblerait avoir décidé cette question négativement. (Cayro, Dev., 1838, I, 108.)

Mais il nous paraît permis de dire que les termes de cette décision sont un peu absolus, ainsi que nous en avons déjà fait la remarque.

Notre avis est, au contraire, que c'est affirmativement qu'il faut répondre dans cette espèce, comme dans celles, que nous venons de citer, et par les mêmes motifs. (Comp. Cass., 3 mai 1873, Morol, Dev., 1873, I, 437.)

521. — II. — Supposons maintenant l'autre espèce de complexité, dans laquelle les deux faits, que l'aveu comprend, ne sont ni simultanés ni complexes (*supra*, n° 517).

Paul allègue que, le 1er mars, il a prêté à Pierre une somme de mille francs.

Et Pierre, en reconnaissant l'existence de ce prêt, ajoute qu'il a, de son côté, à une autre époque, soit antérieurement, le 1er janvier, soit postérieurement, le

1er juin, prêté à Paul une somme égale de mille francs, ou qu'il est devenu, pour toute autre cause, créancier contre lui de cette somme.

En conséquence, il se prétend libéré par voie de compensation ou de reconvention.

Cet aveu sera-t-il indivisible?

Évidemment non!

1° Cet aveu, disons-nous; mais ce n'est pas ainsi qu'il faut dire. Car il n'y a pas là un seul aveu; il y en a deux, tout à fait distincts et séparés l'un de l'autre; et chacun d'eux, en effet, doit être apprécié séparément: le premier, abstraction faite du second; le second, abstraction faite du premier.

En conséquence, le premier fera foi contre lui;

Le second ne fera pas foi pour lui.

Si le premier n'est pas pur et simple, s'il est qualifié ou complexe, on pourra décider, en ce qui le concerne, que la règle de l'indivisibilité est applicable à celui-là, sans que jamais on doive mêler les deux aveux ensemble.

2° Le premier aveu est, en effet, complet par lui-même; il est entier; il est achevé.

Le second a-t-il pour effet de le modifier, de le restreindre, de le détruire?

Comment cela serait-il possible!

En effet, le second ne présuppose et n'implique, en aucune manière, l'existence du premier; il ne s'y réfère nullement; et le fait, qu'il comprend, est tellement séparé et distinct du fait, que comprend le premier, qu'il pourrait et qu'il devrait faire l'objet d'une action séparée, en effet, et distincte.

Et, par suite, il ne peut être considéré à un degré quelconque comme une suite accessoire ou une conséquence naturelle ou possible du premier!

C'est-à-dire que la condition essentielle de connexité manque, dans ce cas, absolument.

3° Enfin, de ce qu'une partie a consenti, pour une

convention, à suivre la foi de l'autre, et à ne pas dresser un acte écrit, il ne serait assurément ni logique ni prudent d'en conclure qu'elle a consenti à suivre sa foi indéfiniment, pour toutes les autres conventions, qu'il lui plairait d'alléguer !

J'ai consenti à vous prêter 1000 francs sur votre parole ; voilà la dette déterminée, pour laquelle j'ai suivi votre foi ; cette dette-là, et non pas une autre.

Vous avouez celle-là !

Eh bien ! tout est dit.

Et il ne saurait vous appartenir de me constituer votre débiteur, sans un acte écrit, en vertu d'une autre cause toute différente, pour laquelle je n'ai pas suivi votre foi.

Que l'on compare les arguments, par lesquels nous avons justifié l'indivisibilité de l'aveu complexe dans la première hypothèse, où les faits, quoique non simultanés, sont connexes (*supra*, n° 518);

Et l'on reconnaîtra que tous ces arguments font défaut dans la seconde hypothèse, où les faits ne sont ni simultanés ni connexes. (Voy. pourtant Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Confession*, § 2; comp. Douai, 13 mai 1836, Debril, Dev., 1836, II, 450 ; Cass., 8 mai 1855, Soulé, Dev., 1856, I, 62 ; Cass., 30 juin 1857, Prodère, Dev., 1857, I, 702 ; Toullier, t. VI, n° 339 ; Bonnier, n° 356 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 343-344; Colmet de Santerre, t. V, n° 334 *bis*, V; Larombière, t. V, art. 1356, n° 17.)

522. — Il faut, bien entendu, cette fois aussi, appliquer la même doctrine à toutes les espèces semblables à celles, que nous venons de citer comme exemple. (Comp. *supra*, n° 519.)

Paul allègue qu'il a fait un dépôt entre les mains de Pierre.

Et Pierre, en reconnaissant l'existence de ce dépôt, ajoute que Paul est, de son côté, débiteur, envers lui, de

diverses sommes, dont les causes sont étrangères à celle du dépôt. (Comp. art. 1948.)

Cet aveu est-il indivisible?

Nous n'hésitons pas à répondre négativement, malgré le dissentiment de Boncenne (t. II, p. 481).

Et de la démonstration, qui précède, nous concluons, que le fait du dépôt allégué par Paul est prouvé, contre Pierre, par son premier aveu, et que le fait de sa créance n'est pas prouvée, pour lui, par son second aveu. (Comp. Scævola, l. 56, § 2, ff. *Depositi;* Cass., 10 janv. 1832, Dev., 1832, I, 90.)

523. — Sur cette espèce d'aveu complexe, dans lequel se trouvent compris plusieurs faits, qui manquent tout à la fois de simultanéité et de connexité, M. Larombière a exprimé une doctrine, dont la conclusion serait, à notre avis, trop absolue.

Le savant auteur s'exprime ainsi :

« Remarquez bien que, quand nous disons que l'aveu cesse d'être essentiellement indivisible, lorsque les déclarations accessoires, dont il est assorti, comprennent un fait distinct et indépendant du fait principal, nous disons seulement qu'il peut être divisé et que nous ne prétendons point qu'il doive l'être toujours indistinctement. Les juges ont, en effet, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, et la faculté de diviser ou non l'aveu, suivant les circonstances particulières de la cause. Ils sont surtout appelés à en user, dans le cas où l'avouant prétend que la dette réclamée contre lui et qu'il reconnaît, se trouve compensée par une créance existant à son profit, et pour laquelle il déclare former une demande en compensation ou en reconvention. Quelque distincts et séparés qu'ils soient, le fait principal et le fait accessoire sont compris dans un même aveu, qui peut très-bien, dès lors, être entendu en ce sens, que le défendeur ne reconnaît l'existence de la dette que jusqu'à concurrence de la somme exigible après toute compensa-

tion opérée, et qu'il ne consent à avouer que sous le bénéfice de l'indivisibilité de son aveu, et sous la condition que son adversaire reconnaîtra lui-même la légitimité de ses prétentions, en acceptant ses déclarations, dans leur entier, d'une manière indivisible. » (T. V, art. 1356, nº 18.)

Nous espérons pouvoir démontrer que cette doctrine n'est pas juridique :

1° Aux termes de l'article 1356 :

« L'aveu (judiciaire) fait pleine foi contre celui qui l'a « fait. »

Et nous avons reconnu que cette disposition impose au juge, aussi bien qu'à la partie, l'obligation légale de se soumettre à la preuve qui en résulte ;

Or, l'aveu complexe, dans lequel les deux faits ne sont liés, entre eux, ni par la simultanéité, ni par la connexité, contient deux aveux distincts et indépendants l'un de l'autre ;

Donc, le premier aveu considéré, comme il doit l'être, en soi, séparément, fait pleine foi.

Donc, la partie de l'article 1356, qui est alors applicable, n'est pas celle, qui porte que « *l'aveu ne peut pas être divisé.* »

C'est celle, qui porte que l'*aveu fait pleine foi!*

2° L'éminent auteur, dont nous entreprenons de combattre la doctrine, se fonde sur ce motif que : « *Quelque distincts et séparés qu'ils soient, le fait principal et le fait accessoire sont compris dans un même aveu.* »

Mais vraiment non! il n'y a pas ici un fait principal et un fait accessoire; il y a deux faits principaux, complétement étrangers l'un à l'autre, et qui n'ont entre eux aucune relation.

3° Reste cette objection que celui, qui a fait cet aveu complexe, n'a consenti à le faire que sous le bénéfice de l'indivisibilité de ses déclarations, et sous la condition que son adversaire reconnaîtra lui-même la légitimité

de ses prétentions, dans leur entier, d'une manière indivisible.

A quoi nous répondons qu'il ne saurait dépendre de l'avouant de subordonner à une condition illégale la foi, que la loi attache à l'aveu judiciaire fait par lui librement dans toutes ses conditions de validité juridique.

Paul allègue qu'il a prêté, sans un acte écrit, 1000 francs à Pierre.

Pierre, en avouant ce prêt, allègue qu'il a de son côté aussi, prêté pareille somme à Paul.

Et il ajoute : Je ne reconnais, toutefois, la sincérité de votre allégation, qu'autant que vous reconnaîtrez la sincérité de la mienne.

Une telle condition, même exprimée formellement, serait, à notre avis, impuissante pour atténuer la force de l'aveu.

A plus forte raison, est-il impossible d'en admettre l'existence tacite dans l'aveu complexe. Avec une telle doctrine, en effet, tous les aveux deviendraient indivisibles, lors même que les faits, qui y sont compris, seraient évidemment indépendants les uns des autres; car la partie ne fait le plus souvent, ou même ne fait jamais ces sortes d'aveu que pour se procurer le bénéfice de l'indivisibilité; et elle ne se déclare créancière que pour pouvoir impunément se déclarer débitrice !

4° Il appartient, sans doute, aux juges du fait d'apprécier le caractère de l'aveu (*infra*, n° 529).

Mais il n'appartient pas moins à la Cour de cassation d'apprécier si, d'après les faits mêmes, tels que le jugement ou l'arrêt, qui lui est déféré, les constate, la décision a violé ou faussement appliqué le texte de la loi sur la force probante ou sur l'indivisibilité de l'aveu.

Il est vrai que, dans notre ancien Droit, la règle de l'indivisibilité de l'aveu étant purement doctrinale, se trouvait tout à fait subordonnée à l'appréciation discrétionnaire du magistrat.

On pourrait remarquer aussi que l'article 1961 du Code hollandais s'en rapporte aux lumières du juge, en ce qui concerne l'indivisibilité de l'aveu.

Mais précisément, notre Code est tout autre; et un texte formel en détermine les conditions.

Supposons donc que, d'après les faits constatés par le jugement ou par l'arrêt, il s'agit d'un aveu complexe, qui comprend deux faits distincts, entre lesquels il n'existe aucune espèce, ni de simultanéité, ni de connexité.

Eh bien ! nous croyons que, dans un tel état des faits, la décision judiciaire, qui aurait déclaré cet aveu indivisible, devrait être cassée.

Un cohéritier demande à son cohéritier le rapport d'un don manuel, qu'il prétend que celui-ci a reçu de l'auteur commun; il n'en produit pas de preuve écrite.

Le cohéritier, défendeur, reconnaît qu'il a reçu le don manuel; mais, en même temps, il ajoute que son cohéritier, demandeur, a reçu, lui aussi, un don manuel semblable.

Est-ce que cet aveu sera indivisible?

La Cour de Pau avait jugé affirmativement, le 12 juin 1855; et il faut convenir que, dans ces sortes d'espèces, les deux faits compris dans l'aveu peuvent quelquefois paraître également vraisemblables.

Mais ces deux faits n'en étaient pas moins tout à fait distincts l'un de l'autre.

Aussi, l'arrêt de la Cour de Pau a-t-il été cassé; et nous pensons, en effet, qu'il devait l'être. (30 juin 1857, Pradère, Dev., 1857, I, 702; comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 329; *supra*, n° 513.)

524. — Si la règle de l'indivisibilité est inapplicable, ainsi que nous venons de l'établir, à l'aveu, qui comprend des faits distincts, à plus forte raison ne doit-elle pas être appliquée aux aveux faits par une partie dans une contestation, qui porte sur plusieurs chefs distincts.

Il y a, dans ce cas, en effet, autant d'aveux distincts

aussi que de chefs; et l'autre partie peut, en conséquence, accepter les uns et rejeter les autres, sous la condition, bien entendu, de ne pas diviser ceux, qu'elle accepte.

C'est ce que Voët expliquait très-bien :

« *Sicut unam partem sententiæ, quæ confessioni similis est, admittere potest qui succumbit, et ei acquiescere, ab alterâ vero appellare.* » (Sur le titre : *de Confessis*, n° 5, au Digeste.)

Tel est le vrai motif. Il en est alors de l'aveu comme de l'acquiescement. (Comp. Cass., 14 janv. 1824, Sirey, 1824, I, 118; Cass., 8 août 1826, Sirey, 1827, I, 47; Cass., 25 déc. 1835, Bidault, Dev., 1836, I, 142; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Confession*, § 2; Larombière, t. V, art. 1356, n° 19.)

525. — Il faut en dire autant de l'ensemble des réponses contenues dans un interrogatoire sur faits et articles.

Ces différentes réponses peuvent être considérées comme autant d'aveux distincts, auxquels la règle de l'indivisibilité n'est pas applicable.

En conséquence, l'autre partie, pour se prévaloir de l'une des réponses, n'est pas obligée d'admettre toutes les autres.

Ce qu'il faut, toutefois, dans ce cas, comme dans celui qui précède, c'est que, *lorsque, dans la même réponse, l'interrogé passe, sur un fait, une déclaration contenant plusieurs parties corrélatives, et qu'on n'a d'ailleurs aucune autre preuve à fournir de ce fait que sa déclaration même, la loi, comme la raison, veulent qu'on la prenne dans son ensemble.* (Comp. Cass., 30 avril 1807, Sirey, 1807, II, 799; Cass., 6 avril 1836, Rivet, Dev., 1836, I, 747; Cass., 19 juin 1839, Demontey, Dev., 1839, I, 462; et le rapport de M. Troplong; Caen, 25 avril 1842, Flambart, Dev., 1842, II, 374; Cass., 28 juill. 1854, Lange, et 18 août 1854, Penot., Dev., 1854, I, 655-656; Mer-

lin, *Répert.*, v° *Chose jugée*, § 15; Toullier, t. VI, n° 339; Larombière, t. V, art. 1356, n° 20.)

526. — La même solution, toutefois, ne serait point applicable à l'ensemble d'un compte, d'un seul et même compte, dont les éléments ne se trouveraient établis que par la déclaration du rendant :

« Attendu, porte l'arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1842, que la Cour royale d'Angers, examen fait de tous les éléments du compte présenté, ainsi que des débats et soutènements, auxquels il a donné lieu, a déclaré, en fait, que les demandeurs en cassation n'avaient pu démontrer que ledit compte renfermât des doubles emplois; — Qu'ils n'avaient pu également prouver ni l'existence d'autres recettes, ni contester les dépenses, qui y sont déclarées; — Qu'il y avait ainsi nécessité, à défaut de preuves en dehors dudit compte, d'en admettre toutes les parties comme sincères; — Que, en décidant, en droit, dans un pareil état de choses, les recettes et les dépenses n'étant établies que par l'aveu du défendeur éventuel, et non valablement contredites par les demandeurs, qu'un tel aveu était indivisible, la Cour royale d'Angers n'a nullement violé l'article 1356.... » (Dev., 1842, I, 845.)

Cette décision nous paraît, en effet, très-juridique.

527. — Voici un aveu, unique cette fois, dans lequel l'avouant ajoute un fait accessoire au fait principal, qui est allégué par son adversaire.

C'est un aveu qualifié ou complexe.

Mais le fait accessoire, qui s'y trouve ajouté, est invraisemblable.

Est-il possible, en cas pareil, d'accepter la déclaration du fait principal et de rejeter la déclaration du fait accessoire?

Le tribunal de Joigny avait décidé cette question affirmativement, le 22 janvier 1857.

Mais son jugement a été cassé :

« Attendu, dit la Cour suprême, que, aux termes de l'article 1356, l'aveu fait pleine foi contre celui, qui l'a fait, et qu'il ne peut être divisé contre lui; — Qu'en admettant que cette dernière règle puisse recevoir une exception au cas où la partie contestée de l'aveu porterait, en elle, des caractères d'invraisemblance d'une telle nature, que cette invraisemblance pût être assimilée à une véritable impossibilité, du moins faut-il restreindre l'exception dans cette limite, sans qu'il puisse être permis de subordonner les effets légaux de l'indivisibilité de l'aveu à l'appréciation du juge, fondée sur une simple invraisemblance. » (19 avril 1858, Benoît, Dev., 1858, I, 734; comp. Cass., 14 avril 1852, Pouille, Dev., 1852, I, 453.)

528. — Le motif même, sur lequel l'arrêt de la Cour de cassation est fondé, nous paraît démontrer que la solution devrait être différente, si, au lieu d'une simple invraisemblance, la déclaration du fait accessoire présentait les caractères d'une véritable impossibilité, et nous ajoutons, si elle était évidemment entachée de contradictions, de mensonges et de fausseté.

Telle était, en Droit romain, la doctrine de Paul (L. 25, princ. ff. *de Probationibus*);

Et, dans notre ancien Droit français, la doctrine de Pothier (n° 1, 835 et 839).

Telle nous paraît devoir être aussi la doctrine de notre Droit nouveau.

Est-ce contrevenir à la disposition de l'article 1356, qui porte que l'aveu ne peut pas être divisé contre celui qui l'a fait?

Nous ne le pensons pas :

1° Parce que, dans ce cas, la partie de l'aveu, démontrée impossible ou mensongère, doit être réputée non avenue; et que l'aveu, de qualifié ou de connexe qu'il semblait être en apparence, devient pur et simple dans la seule partie, qui en reste;

2° Parce que, en outre, lorsqu'il y a un mensonge flagrant, c'est là un cas de fraude; et que la fraude fait exception à toutes les règles. (Comp. Cass., 23 juin 1837, Gand, Dev., 1838, I, 137; Cass., 22 nov. 1869, Rassat, Dev., 1870, I, 339; Cass., 30 mars 1874, Morisset, Dev., 1876, I, 278; en remarquant, toutefois, qu'il s'agissait, dans l'espèce de cet arrêt, de plusieurs déclarations successives; Bonnier, n° 356; Larombière, t. V, art. 1356, n° 16.)

529. — S'il arrive que l'aveu soit obscur, ambigu ou équivoque, il y a lieu de l'interpréter.

Et la règle de l'indivisibilité n'y fait pas obstacle.

Avant de décider, en effet, si l'aveu est indivisible, il faut bien connaître les déclarations, qui le constituent, et ce que l'avouant a voulu dire!

C'est après cela seulement, et lorsque la signification de l'aveu sera précisée, que peut s'élever la question de savoir s'il est ou s'il n'est pas indivisible.

Et il est clair que cette interprétation de l'aveu doit être faite, suivant le droit commun, d'après les règles ordinaires sur l'interprétation des conventions. (Art. 1156 et suiv.; comp. Cass., 11 août 1851, Desdevises, Dev., 1851, I, 742; Cass., 26 août 1863, Dutour, Dev., 1863, I, 502; Bonnier, n° 356; Larombière, t. V, art. 1356, n° 24.)

530. — Un dernier point nous reste à résoudre sur cette thèse de l'indivisibilité; à savoir:

Si les déclarations accessoires, que l'avouant ajoute au fait principal, allégué par son adversaire, peuvent être combattues par la preuve contraire?

Et, en cas d'affirmative, quelles sortes de preuves sont, en cas pareil, admissibles?

Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement avec certaines distinctions, que nous allons exposer :

L'aveu est un mode de preuve; et ce sont toujours, en réalité, des questions de preuve, qu'il soulève.

Or, en principe, c'est à la partie, qui allègue un fait à

l'appui de sa demande ou de son exception, qu'incombe l'obligation de fournir la preuve de ce fait.

Régulièrement donc, le demandeur doit fournir la preuve du fait principal, qu'il allègue.

Et le défendeur, devenu demandeur dans son exception, doit fournir, à son tour, la preuve du fait accessoire, qu'il allègue, pour modifier ou anéantir les conséquences juridiques du fait principal allégué contre lui.

Eh bien! l'aveu déroge à cette double règle :

D'une part, le demandeur se trouve dispensé de prouver, contre le défendeur avouant, le fait principal allégué par lui ;

Mais aussi, d'autre part, réciproquement, le défendeur se trouve dispensé de prouver, contre le demandeur, le fait accessoire, qu'il y ajoute.

Et c'est précisément de cette réciprocité, que naît l'indivisibilité de l'aveu.

Cette indivisibilité est très-logique, avons-nous dit, et très-équitable dans cette limite, en tant que l'avouant, qui affirme un fait, à son profit, contre son adversaire, se trouve dispensé d'en fournir la preuve.

Mais ce serait dépasser la limite, de manière à rendre l'indivisibilité injustifiable, que d'aller jusqu'à dire que l'adversaire de l'avouant, lui! ne peut pas entreprendre de prouver que le fait accessoire ajouté par l'avouant au fait principal, n'est pas vrai!

Oui, vous êtes dispensé, par exception, de prouver le fait accessoire, que vous ajoutez au fait principal, que votre adversaire allègue.

Telle est la position juridique, que vous fait votre aveu qualifié ou complexe.

Et c'est à votre adversaire de prouver, s'il le peut, que votre déclaration accessoire est inexacte.

Les rôles sont changés, voilà tout!

551. — Et maintenant, dans quels cas, et par quelles sortes de preuve l'adversaire de l'avouant pourra-t-il

combattre les déclarations accessoires, ajoutées par l'avouant à son aveu?

Il y a d'abord un cas, dans lequel la réponse est bien simple.

C'est celui où il existe une présomption légale, destructive, par elle-même, et par elle seule, de cette déclaration accessoire!

Pierre et Sophie ont reconnu Paul comme leur enfant naturel.

L'héritier de Pierre allègue contre Sophie, qu'elle a reçu, à titre gratuit, de Pierre, une valeur supérieure à la portion que Paul a le droit de recueillir dans la succession de son père naturel; et il invoque l'article 911, qui présume légalement qu'elle est une personne interposée pour faire parvenir cette valeur à l'enfant naturel du disposant (art. 338, 757, 908.)

Sophie avoue qu'elle a reçu, en effet, cette valeur; mais elle ajoute que c'est à elle-même personnellement que la donation a été faite et qu'elle n'est pas une personne interposée.

C'est la loi elle-même, dans ce cas, qui efface, de l'aveu, cette déclaration accessoire (art. 911).

Et l'aveu reste pur et simple, avec le fait principal, qu'il a reconnu. (Comp. *supra*, n° 465.)

On peut voir aussi une autre application de cette doctrine dans un arrêt de la Cour de cassation, du 15 novembre 1843.

L'une des parties opposait à l'autre la prescription acquisitive fondée sur une possession de trente ans.

Et l'autre partie, avouant le fait de la possession allégué contre elle, ajoutait que cette possession n'avait eu lieu qu'à titre précaire.

Mais, aux termes de l'article 2230:

« On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre « de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à « posséder pour un autre. »

C'était donc encore, dans ce cas, la loi elle-même, qui effaçait la déclaration accessoire.

Et l'aveu restait pur et simple, avec le fait principal de la possession par lui reconnu. (De Cornulier, Dev., 1843, I, 204).

532. — Supposons maintenant que la déclaration accessoire, ajoutée par l'avouant, n'est pas détruite, de plein droit, par une présomption légale.

Pour savoir si la preuve contraire pourra être faite, à défaut d'acte écrit, par témoins ou par présomptions, il faut distinguer.

Et nous répondons :

Oui ! si le fait principal est lui-même susceptible d'être prouvé par témoins ou par présomptions ;

Non, dans le cas contraire.

Voilà comment, en effet, cette thèse de l'indivisibilité de l'aveu se trouve liée au régime des preuves et en subit jusqu'à un certain point l'influence.

J'allègue, contre Paul, que j'ai fait, entre ses mains, pendant l'incendie de ma maison, un dépôt nécessaire.

Paul, en avouant le dépôt, ajoute qu'il a remis les objets déposés à un tiers indiqué pour les recevoir.

Je pourrai, en me prévalant de l'aveu du fait principal du dépôt, prouver, par témoins et par présomptions, la fausseté de la déclaration accessoire de restitution.

Pourquoi ?

Parce que le tout, et le fait principal du dépôt, et le fait accessoire, est susceptible de ce mode de preuve. (Art. 1348, 2°; 1359; 1950.)

Que j'allègue, au contraire, contre Paul que j'ai fait, entre ses mains, un dépôt volontaire;

Et que Paul, en avouant le dépôt, ajoute qu'il a rendu les objets déposés à un tiers indiqué pour les recevoir, ou bien qu'il les représente dans l'état où il les a reçus;

Je ne pourrai pas, en me prévalant de l'aveu du fait

principal du dépôt, prouver par témoins et par présomptions, qu'il n'a pas rendu à un tiers les objets déposés, ou qu'il ne les représente pas dans l'état où il les a reçus.

Pourquoi?

Par la même raison, en sens inverse, parce que la preuve par témoins et par présomptions n'est pas, dans ce cas, plus admissible pour le fait principal que pour les faits accessoires ajoutés par l'avouant dans sa déclaration. (Art. 1341, 1923; comp. Bourges, 4 juin 1825, Sirey, 1826, II, 159; Paris, 6 avril 1829, Sirey, 1829, II, 154; Cass., 10 janv. 1832, Dev., 1832, I, 90; Cass., 21 mai 1838, Escudié, Dev., 1842, I, 37; Cass., 26 févr. 1851, Siméonis, Dev., 1851, I, 327; Cass., 18 févr. 1851, Mouton, Dev., 1851, I, 353; Cass., 11 juill. 1876, d'Hamidou, le *Droit*, du 15 juill. 1876; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 343-344; Larombière, t. V, art. 1356, n° 21.)

535. — Après les développements, qui précèdent, est-il nécessaire d'ajouter que la règle de l'indivisibilité de l'aveu n'est pas applicable dans le cas où le fait reconnu est prouvé indépendamment de l'aveu?

Cela est, en effet, d'évidence!

Ce n'est qu'autant que *je prends droit par l'aveu*, comme on dit au Palais, que je suis tenu, en effet, de l'accepter dans son entier. (Comp. Cass., 11 avril 1877, Boulanger, Dev., 1877, I, 472.)

Ne m'opposez donc pas l'aveu ni son indivisibilité, quand je puise mes preuves ailleurs et en dehors de ses déclarations. (Comp. Cass., 7 juill. 1858, Hache, Dev., 1859, I, 76; Cass., 18 fév. 1873, de Bovée, D., 1873, I, 135; et le Rapport de M. Connelly, cité *supra*, n° 507; Cass., 11 avril 1877, Boulanger, D., 1877, I, 343; et les arrêts précités, n° 529; Nouveau Denizart, v° *Confession*, § 2; Henrys, Quest. 6; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Confession*, § 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 344; Col-

met de Santerre, t. V, n° 334 *bis*, I; Bonnier, n° 356; Larombière, t. V, art. 1346, n° 21.)

534. — II. — Il nous reste à examiner, sur l'aveu judiciaire, dans quels cas et sous quelles conditions il peut être révoqué. (*Supra*, n° 506.)

L'article 1356 dispose :

« Qu'il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve « qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait « être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit. »

535. — Mais une première question s'élève d'abord, à savoir : si, indépendamment de toute espèce d'erreur, l'aveu fait par l'une des parties peut être révoqué ou rétracté, tant qu'il n'a pas été accepté par l'autre?

Un parti considérable, dans la jurisprudence et dans la doctrine, tient pour l'affirmative, et que l'acceptation est nécessaire pour que l'aveu devienne irrévocable :

1° On invoque, en ce sens, la pratique ancienne et moderne :

« Lorsqu'une partie, disaient les auteurs du Nouveau Denizart, fait, dans les requêtes, quelque aveu, dont on croit que l'on pourra tirer avantage, il faut être attentif à en demander acte, parce qu'on tient, au Palais, que, après telle demande, il n'est plus libre à la partie de rétracter son aveu, comme elle pouvait le faire jusque-là. » (V° *Aveu*.)

Telle paraît bien avoir été aussi la pensée de Pothier, lorsqu'il définissait la confession judiciaire en ces termes :

« L'aveu, qu'une partie fait, devant le juge, d'un fait sur lequel elle est interrogée, et dont le juge donne acte. » (N° 831.)

Et de même encore, de nos jours, la partie, au profit de laquelle son adversaire fait un aveu, ne manque pas d'en demander acte, c'est-à-dire de l'accepter, afin précisément d'enlever à l'avouant la faculté de le rétracter.

2° Cette pratique est, dit-on, conforme aux principes.

Il est élémentaire, en effet, qu'une déclaration pure-

ment unilatérale ne lie pas celui qui l'a faite, et qu'elle ne cesse pas de lui appartenir, comme sa propre pensée, tant qu'un tiers n'a pas, de son côté, déclaré vouloir en profiter. Jusque-là, cette déclaration est, à l'égard du tiers, un fait absolument étranger, qui peut même n'être pas connu de lui, et qui ne saurait, en conséquence, lui conférer aucun droit.

C'est ainsi que, aux termes de l'article 1121 du Code Napoléon, celui qui a fait une stipulation pour un tiers (dans les cas exceptionnels où cette stipulation est valable), peut toujours la révoquer, tant que le tiers n'a pas déclaré vouloir en profiter.

De même, aux termes de l'article 1211, la simple demande formée contre l'un des débiteurs solidaires pour sa part, ne produit pas la remise de la solidarité, *si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation.*

De même encore, il résulte des articles 402 et 403 du Code de procédure, que le désistement ne lie la partie, qui l'a consenti, qu'autant qu'il a été accepté :

« Le désistement, *lorsqu'il aura été accepté,* emporter-
« tera, de plein droit, consentement que les choses soient
« remises, de part et d'autre, au même état qu'elles
« étaient avant la demande. »

3° On ajoute, enfin, « qu'il y aurait trop de danger à ce qu'il ne fût pas permis de revenir immédiatement sur des paroles prononcées à la légère par la partie, souvent même par son représentant, ou sur des expressions d'une requête échappées à l'inexpérience d'un jeune clerc, quand il n'y avait encore aucun droit acquis pour la partie adverse. » (Bonnier, n° 354; Comp. Colmar, 21 avril 1828, Sirey, 1828, II, 365; Cass., 7 juill. 1858, Hache, Dev., 1859, I, 76; Cass., 9 juin 1863, Trinquier, Dev., 1865, I, 184; Merlin, *Répert.*, v° *Preuve*, sect. 11, § 1, n° 6; Toullier, t. VI, n° 290; Poujol, t. III, p. 293 et suiv.; Rauter, *Cours de procéd. civ.*, § 133; Taulier, t. IV, p. 363.)

536. — Mais cette doctrine, si accréditée qu'elle puisse être, ne nous paraît nullement juridique; et notre avis est, au contraire, que l'aveu est irrévocable, indépendamment de toute acceptation :

1° Il est d'abord facile de répondre à l'argument, que les dissidents ont déduit de l'usage où l'on est, au Palais, de demander acte de l'aveu judiciaire, au nom de la partie, au profit de laquelle il est fait. Nous avons nous-même rappelé cet usage, en l'approuvant, parce qu'il a, en effet, cette utilité de témoigner de l'importance que cette partie attache à l'aveu, et d'en faire exactement préciser les termes et l'étendue (*supra*, n° 487). Mais c'est là seulement, en fait, une précaution, un acte de prudence; et ce n'est qu'abusivement que l'on peut en être venu à trouver, dans cette pratique, une condition, de droit, pour l'irrévocabilité de l'aveu. Aussi ne nous est-il pas démontré que Pothier, en définissant l'aveu judiciaire, ait eu l'intention, non pas seulement de constater l'usage où l'on est d'en demander acte, mais de l'apprécier ainsi au point de vue juridique.

2° Une telle appréciation, en effet, ne saurait être justifiée scientifiquement, sous aucun rapport, soit que l'on considère le caractère juridique de l'aveu, soit que l'on considère la raison logique, d'où procède la force probante, qui y est attachée.

L'aveu! mais c'est la simple déclaration d'un fait préexistant, auquel il se réfère, sans créer aucun droit nouveau, sans y attacher aucune conséquence juridique nouvelle. L'aveu reconnaît le fait; il le révèle, tel qu'il était, ni plus ni moins; c'est-à-dire qu'il est essentiellement unilatéral, et qu'il n'a aucun caractère conventionnel.

Et voilà bien encore ce qui détruit complétement, suivant nous, cet autre argument que les partisans de la doctrine contraire ont déduit des principes, qui gouvernent, en général, les renonciations à un droit, les acquiescements, les désistements! C'est que ces sortes d'actes

ont, au contraire, un caractère conventionnel, et qu'ils exigent, en conséquence, le concours des deux volontés; c'est la réponse aux articles 1121, 1211 du Code Napoléon, et 402-403 du Code de procédure, que la doctrine contraire invoque. Oui! sans doute, il faut, dans ces sortes de renonciation ou d'abandon, l'acceptation de la partie, au profit de laquelle ils sont faits; parce que, à la différence de l'aveu, ils ont pour résultat de changer, quant au fond des choses, la situation juridique des parties, et de conférer un droit à la partie, qui doit en profiter.

Nous ne demandons pas mieux aussi que d'ajouter que si un aveu se trouve mêlé à une renonciation de ce genre, il se peut qu'il ne devienne lui-même irrévocable, comme la renonciation, que par l'acceptation de la partie adverse, s'il est constaté, en effet, que l'aveu ne peut pas en être séparé. (Comp. Colmar, 21 mai 1818, Sirey, 1818, II, 265; Cass., 12 août 1839, Comm. de Meyrarques, Dev., 1840, I, 229.)

Mais telle n'est pas notre question; il ne s'agit ici que d'un simple aveu, d'un aveu ordinaire, envisagé uniquement au point de vue de la preuve, qui est, en effet, le vrai et le seul point de vue auquel il faut se placer en cette matière; et nous maintenons qu'il est de son caractère, ou plutôt même de son essence juridique, de n'avoir pas besoin d'être accepté.

« Conçoit-on une preuve, qui n'existerait qu'à la condition d'être préalablement acceptée? » dit fort justement M. Larombière (cité *infra*).

Cette conclusion n'est pas moins irrésistible, si l'on considère la raison logique, d'où procède sa force probante.

Quelle est cette raison?

C'est que nul ne peut être présumé vouloir déclarer l'existence d'un fait à son préjudice, si ce fait n'était pas vrai! c'est que la plus grande preuve de la vérité du

fait, *probatio probatissima*, c'est précisément la déclaration même de celui auquel ce fait doit nuire!

Qu'importe à cette preuve l'acceptation de la partie adverse?

En quoi cette acceptation pourrait-elle fortifier l'aveu, et ajouter quelque chose à la vérité du fait avoué?

Il est manifeste que c'est là un élément tout à fait en dehors de la force probante, qui s'y attache.

3° On objecte enfin que cette doctrine offre des dangers, parce que l'aveu aura pu être fait à la légère, par la partie ou par des représentants inexpérimentés.

Notre très-savant et très-regretté confrère, Duvergier, concède que l'on pourrait accueillir, avec faveur, la rétractation, qui serait faite sur-le-champ, et dont les motifs seraient expliqués.

Il ne faut pas en effet de surprise; mais ce n'est plus là notre question.

Ce qui est vrai au contraire, c'est que l'aveu judiciaire, qui est fait dans une instance, en présence du juge, est présumé offrir toutes les garanties de réflexion et de sincérité; et que s'il a été fait par des représentants non autorisés, la partie a toujours la ressource du désaveu. (Comp. Duvergier, qui, dans ses notes sur Toullier, critique la doctrine du Doyen de la Faculté de Rennes, t. VI, n° 290, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 338-339; Massé et Vergé, t. III, § 605, note 9; Marcadé, art. 1356, n° 2; Larombière, t. V, art. 1356, n° 30; Colmet de Santerre, t. V, n° 335 *bis*, 1.)

537. — C'est précisément à cause de la différence, que nous venons de signaler, entre l'aveu proprement dit, et la renonciation conventionnelle à un droit, que l'on a coutume de dire que l'aveu est *forcé*, tandis que la renonciation est *libre*.

Oui! l'aveu est forcé, parce qu'il est un hommage rendu à la vérité, et un devoir rempli.

Et c'est pourquoi il est complet et parfait, indépen-

damment de toute acceptation de la part de celui au profit duquel il est fait.

538. — Les partisans de la doctrine contraire conviennent d'ailleurs que l'acceptation, qu'ils exigent, peut précéder l'aveu ou le suivre.

L'acceptation sera le plus souvent postérieure, lorsque l'aveu aura été fait spontanément dans les écritures du procès, ou à l'audience;

Elle sera antérieure, lorsque l'aveu aura été provoqué par une interpellation du juge, soit dans une comparution personnelle à l'audience, soit dans un interrogatoire sur faits et articles. (Comp. Bonnier, n° 354, note 1.)

539. — Lorsque nous disons que l'aveu est irrévocable, nous supposons, bien entendu, qu'il présente les conditions, qui sont, en général, requises pour la validité de l'aveu;

Et notamment, qu'il est exempt de violence ou de dol. (*Supra*, n° 449.)

S'il était, en effet, infecté de quelque vice de ce genre, la solution serait différente; ou plutôt ce serait alors, non pas, en réalité, un cas de rétractation, mais plutôt un cas d'annulation.

Nous allons voir que l'erreur de droit n'est pas une cause de rétractation de l'aveu, l'erreur de droit par elle-même et par elle seule.

Mais s'il était prouvé que cette erreur a été déterminée par le dol ou la violence de l'adversaire, l'annulation de l'aveu devrait être, dans ce cas aussi, prononcée pour cause de dol ou de violence. (Comp. Toullier, t. VI, n° 311; Larombière, t. V, art. 1356, n° 27.)

540. — Quant à l'erreur, en ce qui concerne l'aveu judiciaire, l'article 1356 s'exprime ainsi :

« Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve « qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait « être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit. »

Ainsi, est-ce une erreur de fait, qui est alléguée?

La rétractation est possible, sous la condition, d'ailleurs, par l'avouant, de prouver l'erreur, qu'il allègue; ce qui résulte du texte même de notre article et des principes généraux (art. 1315).

Est-ce une erreur de droit, qui est alléguée?

La rétractation est impossible.

Cette distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, a toujours existé.

En Droit romain, Ulpien l'enseignait formellement :

« *Non fatetur, qui errat, nisi jus ignoravit.* » (L. 2, ff. *de Confessis.*)

Et nous la trouvons reproduite, en ces mêmes termes, dans notre ancien Droit français, par Pothier (n° 834).

C'est qu'elle est, en effet, très-juridique.

L'aveu est la reconnaissance de la vérité d'un fait;

Et, par conséquent, si le fait avoué est faux, l'aveu est sans cause; il manque d'objet.

Que l'avouant ait fait sa déclaration, dans l'ignorance d'un fait, qui existait, ou dans la supposition erronée d'un fait, qui n'existait pas, il n'importe! dans l'un comme dans l'autre cas, le fait, comme il l'a avoué, n'est pas vrai; et ce n'est pas son aveu, qui peut le rendre vrai.

Voilà l'erreur de fait.

Tout autre est l'erreur de droit, c'est-à-dire celle qui porte sur les effets légaux, sur les conséquences juridiques, que doit produire le fait avoué.

Cette erreur-là ne détruit pas la vérité du fait avoué; elle laisse donc aussi subsister la preuve légale, qui en résulte.

Il ne saurait dépendre de l'avouant de se soustraire aux conséquences juridiques qui y sont attachées.

C'est la loi elle-même, qui, une fois l'aveu fait, se charge d'en déterminer, bon gré mal gré, contre l'avouant les conséquences.

Vous avez avoué la dette. Il faut payer!

Vous avez avoué la convention. Il faut l'exécuter!

Vous avez accepté, purement et simplement, une succession qui vous est échue. Il faut payer toutes les dettes, *ultra vires!* — Et c'est en vain que vous vous récriez que vous ignoriez que telle était la conséquence juridique du fait, avoué par vous, de votre acceptation pure et simple; cette erreur-là est de droit; elle n'est pas de fait.

541. — Voilà le principe de cette distinction.

Et maintenant, dans quels cas l'erreur sera-t-elle de fait?

Et dans quels cas sera-t-elle de droit?

C'est là, généralement, une question d'espèce. (Voy. toutefois *infra*, n° 542.)

Je vous présente une lettre de votre père, qui me priait de lui prêter une somme d'argent. Au vu de cette lettre, vous avouez l'existence de la dette; mais, ensuite, vous retrouvez une lettre, par laquelle j'ai répondu à votre père que je ne pouvais pas lui prêter la somme, qu'il me demandait. Il y a là évidemment une erreur de fait, qui autorise la rétractation de votre aveu. C'est l'exemple, qu'en donnait Pothier (n° 834).

Une partie a avoué qu'un fonds revendiqué n'est pas compris dans une acquisition, qu'elle a faite. Mais plus tard, elle vient établir qu'elle ne connaissait pas ce fonds sous le nom qui lui avait été donné dans la demande en revendication. Il y a là une erreur de fait, qui autorise la rétractation de son aveu. (Comp. Cass., 15 févr. 1836, Comm. de Rohr, Dev., 1836, I, 219.)

De même, je vous demande la délivrance d'un legs, qui m'a éte fait par votre auteur, en vertu d'un testament, que je produis; sur le vu de ce testament, vous avouez l'existence du legs. Mais, plus tard, vous découvrez un second testament, qui révoque le premier, et le legs, qu'il contenait à mon profit.

Erreur de fait encore, qui autorise la révocation de votre aveu.

Ces différentes solutions sont d'évidence ! (Comp. aussi Cass., 20 mars 1877, Mailand, Dev., 1877, I, 259.)

542. — Mais voici une espèce, sur laquelle Pothier proposait une solution, à laquelle il nous serait, au contraire, impossible de nous rallier.

« Supposons, dit-il, qu'un mineur, en âge de tester, a légué une somme considérable à son précepteur (écrivons sous notre Code, à son tuteur). L'héritier, assigné, est convenu devoir à ce précepteur la somme portée au testament. Si, depuis, cet héritier a recouvré un codicille portant révocation du legs, sa confession, à laquelle l'ignorance de ce codicille, qui est une erreur de fait, avait donné lieu, sera détruite. »

C'est ce que nous venons de décider.

Mais l'auteur ajoute :

« Si le legs n'a pas été révoqué, et que l'héritier dise seulement que c'est par erreur qu'il est convenu devoir la somme portée au testament, parce qu'il ignorait alors la loi, qui défend aux mineurs de léguer à leurs précepteurs, cette erreur, par lui alléguée, étant une erreur de droit, il ne sera pas écouté à la proposer ; et la preuve, qui résulte de sa confession, subsistera.

« .... Car c'est sa faute de ne s'être pas fait instruire auparavant. » (N° 834.)

M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, a expliqué l'article 1356, en rappelant et en approuvant l'exemple cité par Pothier. (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 537.)

Et telle est aussi la doctrine, que Toullier professe dans notre Droit nouveau (t. VI, n° 310).

Cette doctrine pourtant ne nous paraît pas juridique ; et nous croyons pouvoir démontrer qu'elle est contraire aux textes et aux principes, qui régissent, soit l'aveu, soit la confirmation des actes annulables :

1° L'aveu n'est qu'un mode de preuve; et c'est, en

effet, dans le chapitre *des Preuves,* que le législateur de notre Code en a posé les règles. Il est, avons-nous dit, la reconnaissance pure et simple d'un fait antérieur, auquel il se réfère, sans y rien changer;

Or, quel effet, au contraire, prétendez-vous déduire ici de l'aveu?

Une preuve?

Non pas!

Vous prétendez en déduire la renonciation au droit, qui était acquis à l'avouant, de demander la nullité du testament, dont il a reconnu seulement l'existence, en fait;

Donc, vous en dénaturez le caractère, puisque l'aveu doit laisser juridiquement les choses *après,* dans le même état où elles étaient *avant.*

2° On objecte que c'est là seulement, de la part de l'avouant, une erreur de droit.

Ce que nous nions absolument!

L'erreur de droit est celle, qui porte, non pas sur l'aveu lui-même, mais sur les conséquences juridiques, que le fait avoué peut produire;

Or, l'erreur, dans notre espèce, va porter, au contraire, sur l'aveu lui-même, si on prétend qu'il a pour objet la validité juridique du testament.

3° C'est que, en effet, il ne s'agit pas alors d'une question d'aveu.

Il s'agit d'une question de confirmation ou de ratification d'un acte annulable.

Or, la confirmation ou la ratification d'un acte annulable est soumise, par l'article 1338, à des conditions et à des formalités, dont l'allégation d'un prétendu aveu ne saurait l'affranchir.

Nous ne pouvons mieux conclure qu'en citant le très-regretté M. Duvergier, qui, sur ce point encore, déclare ne pouvoir adopter la doctrine de Toullier :

« Cette décision, dit-il, n'est pas sans difficulté. L'a-

veu, dont il s'agit, équivaut à une ratification; or, la ratification, soit expresse, soit tacite, d'un acte quelconque, ne couvre les vices, dont il est entaché, qu'autant qu'elle a eu lieu avec connaissance de ces vices et l'intention de les réparer. Dans l'hypothèse choisie par M. Toullier, rien ne prouve que l'héritier ait connu le vice du testament. Sans doute, l'erreur de droit ne se présume pas. Mais que conclure de cette maxime? que l'héritier sera obligé de faire preuve de son erreur; et cette preuve n'est pas impossible, puisque l'on admet généralement aujourd'hui qu'on peut se faire restituer contre l'erreur de droit. Je pense donc que la règle que l'aveu ne peut être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit, ne doit pas recevoir ici son application. Cette règle, assez inutile d'ailleurs, signifie simplement qu'il n'est pas permis de rétracter l'aveu d'un fait, sous prétexte que l'on ignorait les conséquences légales, qui pouvaient en résulter contre soi. » (T. VI, n° 310, note *a*.)

On ne saurait mieux dire. (Comp. Turin, 6 déc. 1808, Sirey, 1814, II, 113; Duranton, t. XIII, n°s 557-558; Bonnier, n° 355; Colmet de Santerre, t. V, n° 335 *bis*, II; Larombière, t. V, art. 1356, n° 28.)

III

DE L'AVEU EXTRAJUDICIAIRE.

SOMMAIRE.

543. — L'article 1354 est ainsi conçu :

« L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement ver-
« bale est inutile, toutes les fois qu'il s'agit d'une de-
« mande, dont la preuve testimoniale ne serait point
« admissible. »

Ce texte est le seul, que le législateur ait consacré à l'aveu extrajudiciaire.

L'hypothèse, qu'il prévoit, est celle d'un aveu extrajudiciaire verbal, qui est dénié par celui auquel on l'oppose.

Et il décide que la preuve par témoins n'en sera admissible qu'autant que l'objet de la demande ou de l'exception serait lui-même de nature à être prouvé de cette manière.

Rien de plus logique sans doute et de plus nécessaire que cette disposition !

Paul prétend qu'il a fait à Pierre le prêt d'une somme de 200 francs; mais il n'a pas de preuve littérale.

La preuve testimoniale du prêt n'est pas non plus admissible, puisqu'il s'agit d'une chose excédant la valeur de 150 francs.

Mais Paul allègue que Pierre a avoué verbalement l'existence de ce prêt; et il demande à prouver par témoins..., quoi ? l'aveu verbal, qu'en a, dit-il, fait Pierre.

Il est évident que si une telle façon de procéder était admise, il serait très-facile de se jouer des règles prohibitives de la preuve testimoniale.

Ce qu'il s'agit de prouver, ce n'est pas l'aveu ; c'est le fait avoué, c'est la dette !

Et par la même raison que vous ne pouvez pas prouver directement la dette par témoins, vous ne pouvez pas davantage prouver par témoins l'aveu verbal de cette

dette; ce serait, en effet, disait très-bien Pothier, prouver indirectement la dette elle-même par témoins (n° 836).

544. — Voilà, disons-nous, tout ce que notre Code a édicté sur l'aveu extrajudiciaire.

Pourquoi donc ce laconisme?

Il semble que, en raison, les mêmes règles, qui gouvernent l'aveu judiciaire, auraient dû être appliquées aussi législativement à l'aveu extrajudiciaire.

Nous pensons qu'il est d'autant plus nécessaire d'expliquer le silence, que le législateur a gardé sur cette matière, que cette explication va préparer d'avance la solution des différentes questions, qui s'y élèvent.

Eh bien! donc, ce que le législateur a considéré, c'est que l'aveu extrajudiciaire ne présente pas ces garanties sérieuses et uniformes de réflexion et de volonté, qui recommandent l'aveu judiciaire, et qu'il peut être fait, au contraire, souvent avec plus ou moins de légèreté.

Les circonstances, très-variées, dans lesquelles il peut se produire, les termes, qui peuvent l'exprimer, le lieu, dans lequel il peut être fait, les personnes, qui peuvent l'entendre, tout cela est à examiner, à peser, pour savoir quel en est le caractère et quel degré de force probante il convient d'y attacher.

Et c'est pourquoi le législateur n'a pas cru devoir le régir à l'avance par des dispositions absolues;

Laissant au juge du fait le soin d'apprécier tous ces éléments, plus ou moins caractéristiques de l'aveu extrajudiciaire, suivant qu'ils sont isolés ou réunis.

« Cela doit dépendre beaucoup des circonstances, » disait Pothier (n° 836).

Et dans le même sens, l'article 1965 du Code hollandais dispose explicitement que :

« Il est laissé à la prudence du juge de déterminer l'effet de l'aveu extrajudiciaire. »

Telle aussi la disposition implicite de notre Code.

La preuve du pouvoir discrétionnaire, qui est, en ce

cas, laissé aux juges, résulte évidemment du silence même de nos textes, dont l'un, l'article 1356, qui pose les principales règles de l'aveu, ne les applique qu'à l'aveu judiciaire; et dont l'autre, l'article 1354, ne s'occupe de l'aveu extrajudiciaire, que pour résoudre une question de preuve testimoniale.

545. — Ces préliminaires une fois posés, reprenons, sur l'aveu extrajudiciaire, les trois questions, que nous avons examinées sur l'aveu judiciaire :

A. — En quoi il consiste, et quels en sont les caractères ;

B. — Quelle en est la force probante ;

C. — S'il peut être divisé — ou rétracté (*supra*, n° 485).

546. — A. — L'aveu extrajudiciaire est une déclaration, qui n'est pas faite en justice, et qui se produit en dehors d'une instance judiciaire (art. 1346).

Pothier, après avoir remarqué qu'il ne faut pas con-ondre la confession extrajudiciaire, lors même qu'elle est écrite, avec la preuve littérale préconstituée, ajoutait :

« Les confessions extrajudiciaires, dont nous parlons, sont celles que fait le débiteur soit dans une conversation, soit par une lettre missive, ou qui se trouvent incidemment dans quelque acte, qui n'a pas été pratiqué exprès pour cela. » (N° 835.)

Tel est, en effet, généralement, le caractère de l'aveu extrajudiciaire.

547. — D'où il résulte qu'il est de deux sortes : soit écrit, soit verbal. (Comp. art. 1354.)

548. — B. — Quelle est la force probante de l'aveu extrajudiciaire?

Notre Code ne renferme sur ce point aucune disposition.

Il est évident pourtant que le législateur suppose que l'aveu extrajudiciaire pourra faire foi, puisqu'il permet, du moins dans certains cas, d'en établir la preuve par témoins (art. 1354); à quoi bon le prouver, s'il ne devait être d'aucun effet !

Mais quelle foi peut-il faire ?

Il ne serait pas possible de répondre d'une manière absolue.

Et tout d'abord, il faut distinguer l'aveu extrajudiciaire écrit d'avec l'aveu extrajudiciaire verbal (*supra*, n° 547).

Le premier, en effet, celui, qui est écrit, se trouve évidemment soumis à l'application des règles générales sur l'interprétation des conventions (art. 1156); et c'est ce qui pourrait, en ce qui le concerne, expliquer le silence du législateur.

Il faut en conclure que l'aveu extrajudiciaire écrit pourra, suivant les circonstances, soit fournir une preuve complète, comme l'aveu judiciaire, soit fournir seulement une preuve incomplète et demi-pleine, qui aura le caractère d'un commencement de preuve par écrit.

549. — La difficulté est plus sérieuse, en ce qui concerne l'aveu extrajudiciaire verbal.

Dirons-nous qu'il fait toujours pleine foi ?

Mais l'article 1356 n'attribue cet effet qu'à l'aveu judiciaire.

Dirons-nous qu'il ne fait jamais qu'une preuve demi-pleine?

Mais il peut être tel, qu'il doive certainement aussi faire pleine foi, à l'égal de l'aveu judiciaire.

Ce qu'il faut donc conclure du silence du législateur, c'est qu'il a laissé la solution de cette question à l'appréciation discrétionnaire du juge.

Dumoulin a proposé, sur ce sujet, des distinctions judicieuses (*Ad. Leg.*, 3, Cod. *de Rebus creditis*).

Pothier les a reproduites, du moins en partie (n° 835).

Et nous pensons qu'il y a lieu de les admettre encore, dans notre Droit moderne, non pas, bien entendu, comme des règles législatives, mais comme des éléments généralement vrais pour la solution de notre thèse.

En quels termes cet aveu verbal a-t-il été fait? —

Est-il précis, ou seulement indéterminé? — Explique-t-il la cause de l'obligation avouée, ses conditions, ses modalités? — ou se borne-t-il à une déclaration vague et sans précision?

A qui a-t-il été fait?

A la partie adverse elle-même, ou à son mandataire ou représentant, tuteur ou autre?

Sur son interpellation et sa réquisition, ou par l'avouant lui-même spontanément?

Ou à un tiers?

En présence de la partie adverse, ou en son absence?

Ce tiers, à qui il aurait été fait, a-t-il été appelé exprès pour le recevoir, ou ne l'a-t-il entendu que par hasard?

L'avouant, s'il a appelé un tiers, a-t-il accompagné son aveu de quelques déclarations, comme s'il avait dit, qu'il fait cet aveu pour la décharge de sa conscience?

Le tiers, qui a entendu l'aveu, avait-il lui-même un intérêt dans la dette avouée? ou y était-il étranger?

En quel lieu l'aveu a-t-il été fait, soit à la partie, soit à un tiers? — Dans l'étude d'un notaire, par exemple, ou ailleurs, au dehors?

550. — Telles sont les circonstances principales, dont il y aura lieu de tenir compte pour décider si l'aveu verbal a été plus ou moins réfléchi et sérieux, et pour décider, en conséquence, s'il doit être admis comme une preuve complète, ou comme un commencement de preuve autorisant la délation du serment supplétoire. (Art. 1367.)

551. — Il est un cas, dans lequel le pouvoir discrétionnaire d'appréciation, que nous venons de reconnaître aux juges, peut être justifié très-logiquement, c'est celui, où la preuve testimoniale d'un aveu verbal, qui était dénié, a été admise, soit parce que la valeur de la chose qui faisait l'objet de la demande n'excédait pas cent cinquante francs, soit parce que l'on se trouvait dans l'une des exceptions, qui autorisent l'admission de la preuve testimoniale, au-dessus de cette valeur.

Il s'agit alors, en effet, d'apprécier le résultat de l'enquête, plutôt encore que le résultat de l'aveu.

Or, précisément, les juges ont une liberté souveraine d'appréciation, lorsqu'il s'agit, pour eux, de se déterminer d'après le résultat d'une enquête. (Art. 323 Cod. de procéd.).

Paul soutient que Pierre a fait l'aveu verbal d'une dette de cent francs, dont il est tenu envers lui.

Et il l'assigne en payement de cette dette.

Sur cette assignation, Pierre dénie tout ensemble et l'existence de la dette, et l'aveu, qu'on lui impute.

Une enquête donc est ordonnée; et le résultat en est d'une part, que l'aveu verbal, que Pierre dénie, a été fait par lui, mais que les termes n'en ont peut-être pas, à eux seuls, toute la précision désirable, et d'autre part, aussi, que sa dénégation absolue est mensongère.

Eh bien! les juges, appréciant ce double résultat, pourront décider que sa dénégation mensongère et sa mauvaise foi démontrée, jointes à la preuve de son aveu extrajudiciaire, fortifient et complètent l'aveu; et que l'existence de la dette, affirmée par Paul, est prouvée contre lui. (Comp. Cass., 10 déc. 1839, Leger, Dev., 1840, 1, 467; Pothier, n° 835; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Confession*, § 3.)

552. — Mais supposons que l'aveu verbal n'est pas dénié, ou même qu'il s'agit d'un aveu écrit.

Pierre, assigné par Paul en payement d'une dette de cent francs, reconnaît qu'il a, comme Paul l'affirme, avoué extrajudiciairement cette dette, le 1er mars.

Mais il ajoute que, depuis son aveu, le 1er juin, il a payé à Pierre les cent francs, qu'il lui devait.

Nous n'avons plus alors le moyen déduit de la liberté d'appréciation, qui appartient aux juges, en matière d'enquête.

Que faut-il donc décider?

Pothier, prévoyant cette hypothèse, s'exprimait en ces termes :

« Mais si mon débiteur assigné est convenu m'avoir effectivement dû cette somme, mais soutient me l'avoir payée depuis qu'il est convenu me la devoir; soit que sa confession ait été faite à un tiers, soit qu'elle ait été faite dans une conversation, ou qu'elle se trouve dans une lettre missive ou dans quelque autre acte, qui n'ait pas été fait pour me servir de preuve de la dette, elle ne fera aucune preuve que la dette me soit encore due aujourd'hui. » (N° 835.)

Nous pensons, toutefois, que cette solution est trop absolue, et qu'il faut, pour ce cas aussi, laisser aux juges un pouvoir d'appréciation, d'après les circonstances du fait.

La solution de Pothier implique, en effet, cette idée que l'aveu extrajudiciaire serait nécessairement indivisible.

Or, tel n'est pas, comme nous allons l'établir, son caractère.

Et tout au contraire, c'est là un point encore, sur lequel nos lois, anciennes et nouvelles, s'en sont toujours remises aux lumières et à la conscience des juges. (Comp. *infra*, n° 554.)

Les juges donc auront, en cas pareil, à apprécier le caractère de l'aveu, par lequel le défendeur a d'abord reconnu la dette, s'il est plus ou moins précis et probant, pour décider ensuite, suivant les cas, si la dette est prouvée au profit du demandeur, et si le défendeur, qui se borne à alléguer sa libération, doit en fournir régulièrement la preuve. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 541; Larombière, t. V, art. 1356, n° 5.)

553. — Nous avons toujours, dans les exemples qui précèdent, supposé qu'il s'agit de l'aveu extrajudiciaire d'une obligation de la part du débiteur.

Il est évident d'ailleurs que les mêmes règles sont ap-

plicables au cas où il s'agit de l'aveu extrajudiciaire d'un payement, de la part du créancier;

Et même, *à fortiori*, pourrait-on dire, parce que, généralement, les cas de libération sont plus favorables. (Comp. Pothier, n° 835; Larombière, t. V, art. 1356, n° 5.)

554. — C. — Reste notre dernière question sur l'aveu extrajudiciaire.

Peut-il être divisé?

Peut-il être rétracté? (*Supra*, n° 545.)

Cette thèse, surtout en ce qui concerne la divisibilité ou l'indivisibilité de l'aveu extrajudiciaire, a été l'objet d'une vive controverse entre Toullier, qui soutient que cet aveu peut être divisé (t. X, n° 340), et Merlin, qui soutient, au contraire, qu'il ne peut pas l'être. (*Quest. de Droit*, v° *Confession*, §§ 3 et 4.)

Nous répondons, pour notre part, que la solution doit être encore ici la même que celle qui précède; à savoir: que la loi s'en est remise, sur ces deux points, à l'appréciation souveraine des juges du fait:

1° L'article 1356, qui dispose que l'aveu ne peut pas être divisé contre celui qui l'a fait, n'est applicable qu'à l'aveu judiciaire;

Or, il n'existe, quant à l'aveu extrajudiciaire, aucun texte semblable; et même, on peut, en invoquant l'argument *à contrario*, ajouter que la loi déclare implicitement que l'aveu extrajudiciaire peut être divisé;

Donc, il peut l'être, en effet, si les juges du fait l'estiment ainsi.

Et il semblerait bien impossible que leur décision, quelle qu'elle fût, encourût la cassation, puisque aucun texte de loi n'aurait été ni violé ni faussement appliqué.

2° Cet argument, disent avec raison MM. Aubry et Rau, est très-concluant, parce que, en principe général, le juge est autorisé à apprécier, d'après sa conscience, les éléments de conviction, qui lui sont soumis, et que, en rejetant l'application à l'aveu extrajudiciaire

des dispositions impératives de l'article 1356, relatives à la force probante de l'aveu judiciaire, on ne fait qu'écarter une disposition exceptionnelle pour se placer sous l'empire du droit commun. (T. VI, p. 345, comp. Cass., 29 avril 1820, Sirey, 1820, I, 232; Cass., 10 déc. 1839, Leger, Dev., 1840, I, 467; Limoges, 20 mars 1848, Archer, Dev., 1848, II, 736; Bonnier, n° 361; Larombière, t. V, art. 1356, n° 23.)

555. — Les mêmes arguments s'appliquent à la question de rétractation de l'aveu extrajudiciaire.

D'où il faut conclure qu'il peut être, en effet, rétracté, sans que la partie soit tenue de prouver qu'il a été la suite d'une erreur de fait;

Sauf aux juges à tenir compte ou à ne pas tenir compte de cette rétractation, suivant les circonstances.

556. — Nous concluons donc que ce sont, encore aujourd'hui, comme autrefois, des règles simplement doctrinales, qui gouvernent l'aveu extrajudiciaire. (Comp. *supra*, n° 508.)

Il est évident toutefois que, dans l'application, les magistrats ne perdent point de vue les règles législatives, qui gouvernent l'aveu judiciaire;

Et que, pour s'en écarter, en ce qui concerne l'aveu extrajudiciaire, surtout relativement à la question de savoir s'il peut être divisé, il faut que les circonstances du fait déterminent fortement leur conviction dans le sens de l'affirmative.

Car nous tenons toujours que cette règle de l'indivisibilité est, en soi, logique et équitable! (*supra*, n° 507);

Et que l'application en est particulièrement désirable, lorsqu'il s'agit d'un aveu extrajudiciaire écrit.

SECTION V.

DU SERMENT.

Exposition. — Division.

SOMMAIRE.

557. — Transition.
558. — Définition du serment.
559. — Appréciation critique de ce mode de preuve.
560. — Le serment judiciaire est de deux espèces : décisoire ou supplétoire.
561. — Il n'y a pas, dans notre Droit nouveau, d'autre serment judiciaire. — Du serment, que, dans notre ancien droit, la partie, interrogée sur faits et articles, devait prêter avant son interrogatoire.
562. — Notre Code ne mentionne que le serment judiciaire. — En faut-il conclure qu'il ne reconnaît pas le serment extrajudiciaire comme pouvant produire un moyen de preuve?
563. — Suite.
564. — Suite.
565. — Suite.
566. — Suite.
567. — Suite.
568. — Suite.
569. — Suite.
570. — Quel est le caractère du serment déféré par l'une des parties à l'autre, devant le juge de paix, au bureau de conciliation? — Est-il judiciaire ou extrajudiciaire?
571. — Suite.
572. — Suite.
573. — Suite.
574. — Suite.
575. — Le serment décisoire est-il admissible devant la juridiction administrative?
576. — Le serment décisoire est évidemment inadmissible devant la juridiction criminelle.
577. — Division.

557. — Il ne nous reste plus qu'à traiter du serment, que l'article 1316 met, en dernier lieu, au rang des preuves, en matière civile.

558. — Le serment est un acte tout à la fois civil et religieux, par lequel une partie prend Dieu à témoin de la vérité d'un fait, qu'elle affirme;

Un acte religieux, disons-nous, en même temps que

civil; telle a toujours été, en effet, la signification essentielle de ce mot.

Le projet de Code civil y avait, dans son article 246, substitué ces mots : *l'affirmation judiciaire.* (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 129.)

Mais il est évident qu'une telle formule en dénaturait le caractère, ou plutôt même qu'elle supprimait le serment !

Est-ce que, en effet, le serment, considéré comme une simple déclaration civile, ne disparaît pas tout à fait !

Que signifierait, par exemple, avec une terminologie pareille, le serment supplétoire, qui serait déféré par le juge au demandeur ?

Ce demandeur affirme, bien entendu ; à quoi bon lui demander d'affirmer encore, si cette nouvelle affirmation est la même, que celle qu'il présente, et n'offre pas d'autre garantie !

Or, cette garantie précisément, que va présenter sa nouvelle affirmation, c'est le caractère religieux, dont elle sera revêtue.

Le serment est une affirmation assurément, mais une affirmation religieuse, par laquelle la partie, prenant Dieu à témoin de sa sincérité, l'invoque comme vengeur du parjure. (Comp. art. 312 du Code d'instruction criminelle.)

« *Est enim jusjurandum affirmatio religiosa,* » a dit Cicéron. (*De Officiis,* lib. III, cap. XIX.)

Aussi, le Conseil d'État a-t-il rétabli le mot : *serment,* en supprimant les mots : affirmation judiciaire. (Comp. le rapport fait au Tribunat, par M. Jaubert, Locré, *loc. supra cit.*, p. 528-548.)

Mais il était resté une trace du projet primitif dans l'article 1781, où le mot : *affirmation* avait été conservé par oubli, article d'ailleurs aujourd'hui abrogé par la loi du 2 août 1848.

559. — Nous n'avons pas à apprécier ici, au point de

vue philosophique ou moral, le mérite de ce genre de preuve.

Il a, dans tous les temps, soulevé de vives critiques; et on peut en voir l'intéressant historique dans les *Études de législations comparées* de M. Charles Carpentier: *Du serment.* (Comp. aussi les *Réflexions et recherches sur le serment judiciaire,* par Berriat-Saint-Prix, *Revue de législation,* t. VIII, p. 241 et suiv.)

Une partie, qui fonde sur le mensonge sa demande ou son exception, pourra reculer devant le parjure, si le serment lui est déféré!

Il est vrai; mais il faut bien reconnaître que de tels exemples sont rares.

Combien n'y en a-t-il pas, au contraire, qui, une fois engagés dans leur affirmation première, ne consentiront jamais à se démentir, par entêtement, par amour-propre!

« Quand un homme est honnête homme, disait Pothier, il n'a pas besoin d'être retenu par la religion du serment pour ne pas demander ce qui ne lui est pas dû, et pour ne pas disconvenir de ce qu'il doit; et quand il n'est pas honnête homme, il n'a aucune crainte de se parjurer. Depuis plus de quarante ans que je fais ma profession, et j'ai vu une infinité de fois déférer le serment, je n'ai pas vu arriver plus de deux fois qu'une partie ait été retenue par la religion du serment, de persister dans ce qu'elle avait soutenu. » (N° 925.)

Que pourrions-nous ajouter à un tel témoignage!

On objecte que le serment n'aboutit, en définitive, qu'à une transaction entre les parties.

Eh bien! donc, que les parties transigent, si bon leur semble; qu'elles transigent après l'instance engagée, comme elles auraient pu transiger avant, librement, volontairement.

Mais pourquoi faire intervenir *les juges dans ces transactions périlleuses, où les règles de la justice n'entrent pour rien!* (Carpentier, *loc. supra cit.,* p. 40.)

Ces considérations nous paraissent, en effet, très-graves.

560. — Aux termes de l'article 1357 :

« Le serment judiciaire est de deux espèces :

« 1° Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire « dépendre le jugement de la cause ; il est appelé *déci-* « *soire ;*

« 2° Celui qui est déféré d'office par le juge à l'une « ou à l'autre des parties. »

Le serment donc est :

Soit décisoire ;

Soit supplétoire, ou, comme on dit encore, supplétif.

Dans les deux cas, il est judiciaire, c'est-à-dire déféré ou référé en justice.

561. — Il n'y a pas, dans notre Droit nouveau, d'autre serment judiciaire.

Le législateur du Code de procédure a supprimé celui que, dans notre ancien Droit, la partie, interrogée sur faits et articles, devait prêter, devant le juge avant son interrogatoire. (Comp. l'Ordonnance de 1667, titre X; Pothier, nos 920-921.)

Il l'a supprimé, avec grande raison sans doute ; car ce serment préalable paralysait injustement la partie dans ses moyens de défense, en la plaçant dans la nécessité de trahir ses intérêts ou de commettre un parjure.

Et puis, n'était-il pas contradictoire, et, sous tous les rapports, regrettable que la loi imposât à une partie l'obligation de prêter serment en matière civile, tout en lui déclarant que le juge aurait la faculté de ne pas y ajouter foi !

Nous savons bien qu'il en est ainsi encore, sous notre Code, du serment supplétoire. (*Infra*, n° 711.)

Mais il nous paraît permis d'exprimer, pour ce cas aussi, le même regret.

562. — Tandis que l'article 1354, en ce qui con-

cerne l'aveu, dispose qu'il est extrajudiciaire ou judiciaire;

Aucun texte ne fait cette distinction, en ce qui concerne le serment.

Notre Code ne mentionne même pas seulement, pour la question de preuve, le serment extrajudiciaire, comme il a mentionné l'aveu extrajudiciaire, dans l'article 1355.

En faut-il conclure qu'il n'y a pas de serment extrajudiciaire ou, autrement dit, de serment volontaire, en ce sens qu'aucune preuve légale n'en puisse effectivement résulter?

Ce n'était pas là une question en Droit romain. La pratique du serment extrajudiciaire, que l'une des parties déférait à l'autre *extra jus...*, *extra judicium...*, sur le différend, qui les divisait, semble même avoir été assez fréquente; et elle donnait lieu, en effet, à une action spéciale, dite *jurisjurandi*. (Comp. *Instit.* de Justinien, *De actionibus*, § II; et le titre du Digeste : *De jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali.*)

563. — Malgré le silence du législateur, il est toutefois évident que le serment extrajudiciaire ou volontaire peut devenir aussi un mode de preuve en matière civile.

Nous ne parlons pas ici, bien entendu, du serment proféré spontanément par l'une des parties, sans l'adhésion de l'autre.

« *J'en jure! — J'en fais le serment!* »

Il en arrive ainsi fort souvent; et ces sortes de serments sont même parfois très-répétés. Mais apparemment, ils ne sauraient faire une preuve au profit de celui qui les exprime; d'autant moins que ce sont ceux-là précisément, qui jurent le plus, qu'il faut presque toujours croire le moins!

« Un honnête homme, qui dit oui ou non, mérite d'être cru; son caractère jure par lui. » (Labruyère.)

La même observation s'applique à ces provocations, que l'une des parties jette parfois aussi à la face de l'autre :

« Vous n'oseriez pas en jurer ! — Jurez-en donc ! »

Il est clair que ces sortes de défis ne mettent point l'autre partie en demeure de prêter serment, et qu'elle est libre de n'en pas tenir compte.

La force probante du serment dérive d'une véritable convention, d'une transaction (*infra*, n° 580).

Or, les conventions sont volontaires ; et nul n'est forcé d'accéder à une transaction extrajudiciaire.

564. — Ce qu'il faut donc, pour que le serment extrajudiciaire ou volontaire puisse acquérir le caractère d'une preuve, c'est que l'offre en soit faite sérieusement par l'une des parties, et acceptée aussi sérieusement par l'autre.

C'est-à-dire qu'il faut que ce serment volontaire procède de la volonté commune des deux parties ; de sorte que cet accord forme, entre elles, une véritable convention.

Tel est, en effet, le principe : la liberté des conventions ! (Art. 1108, 1134.)

Les parties peuvent faire extra-judiciairement telles transactions que bon leur semble, et sous les conditions qu'il leur convient d'y ajouter ; elles peuvent donc faire une transaction, sous la condition que l'une d'elles prêtera le serment que sa demande ou son exception est fondée.

Cette prémisse une fois posée, les différentes questions qui peuvent être soulevées sur ce serment extrajudiciaire, sont, pour ainsi dire, d'avance résolues ; il est clair, en effet, qu'il faudra les résoudre d'après les règles générales sur l'interprétation des conventions ; et c'est ce qui peut expliquer pourquoi le législateur du Code ne s'en est pas spécialement occupé ; car ce n'est, après tout, qu'une convention comme une autre.

De quelle manière le serment extrajudiciaire peut-il être prouvé?

Peut-il être référé ?

Quel est l'effet soit du serment prêté, soit du refus de serment ?

La réponse à ces questions est maintenant très-facile :

565. — De quelle manière pourra être prouvée cette transaction, faite sous la condition que l'une des parties prêtera serment dans les termes convenus ?

Elle pourra l'être, suivant le Droit commun, d'après les règles ordinaires sur la preuve des obligations. (Art. 2044 ; comp. Larombière, t. V, art. 1358, n° 2.)

566. — Le serment extrajudiciaire pourrait-il être référé à l'autre partie par celle, qui, d'après la convention, s'est engagée à le prêter ?

Évidemment non ! ce serait là, en effet, dénaturer la convention.

C'est ce que décidait fort justement le jurisconsulte Paul :

« *Jusjurandum, quod ex conventione extra judicium defertur, referri non potest.* » (L. 17 princ., ff. *de Jurejurando.*)

Il n'en serait autrement, que dans le cas, extraordinaire, où la convention elle-même lui accorderait expressément cette faculté.

567. — Quel est l'effet soit du serment extrajudiciaire prêté, soit du refus de le prêter ?

Il faut, avant tout, interroger les termes de la convention, pour savoir ce que les parties ont eu l'intention de faire.

Car l'effet, qu'il faut y attacher, dérive précisément de l'intention commune des parties elles-mêmes, «... *ex pactione ipsorum litigatorum...* » (L. 1 princ., ff. *De jurejurando.*)

En thèse générale, nous répondons que ce serment est décisoire, et qu'il tranche le différend.

Voici deux personnes, qui, sur le point d'engager

entre elles une contestation judiciaire, conviennent que l'une d'elles renoncera à ses prétentions, sous la condition que l'autre prêtera serment sur tel ou tel fait, et que, faute par elle de le prêter, elle sera réputée en reconnaître le mal fondé, et passera, par cela même, condamnation.

Le serment prêté fera foi pour elle.

Le serment refusé fera foi contre elle.

Et, dans les deux cas, la question sera décidée, en ce qui concerne le fait sur lequel le serment devait être prêté d'après la convention.

De sorte que, si les deux parties en viennent, après cela, devant le tribunal, les juges n'auront plus qu'à prononcer d'après le résultat de l'exécution de leur convention. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 568; Larombière, t. V, art. 1358, n° 2.)

568. — La partie, qui s'était engagée à prêter volontairement un serment extrajudiciaire, n'a pas répondu à la sommation, qui lui a été faite par l'autre partie, de le prêter en présence des personnes désignées à cet effet par la convention.

Elle a refusé.

Mais voilà que, assignée devant le Tribunal, elle offre de le prêter.

Il est trop tard!

La condition, sous laquelle la transaction a été faite, n'a pas été accomplie; et le droit est acquis à l'autre partie de s'en prévaloir. Il ne s'agissait pas, en effet, d'un serment judiciaire; il s'agissait d'un jugement extrajudiciaire.

Il est trop tard, disons-nous, si, bien entendu, il y a eu, de sa part, un véritable refus de prêter le serment; car il en serait autrement de l'impossibilité où elle se serait trouvée de le prêter par suite d'un cas fortuit ou de force majeure. (Arg. des articles 1146, 1178.)

569. — Les personnes désignées par la convention

pour être présentées à la prestation du serment, n'ont pas pu ou n'ont pas voulu s'y rendre.

La partie, qui l'a déféré, peut-elle assigner l'autre en justice, et conclure à ce qu'elle prête le serment, ou, en cas de refus, à ce qu'elle soit condamnée?

Question de fait et d'interprétation :

Non! s'il résulte de la convention et des circonstances du fait que, dans l'intention des parties, le serment devait être prêté précisément en présence des personnes désignées comme par une sorte de mandat ou de compromis;

Oui! s'il en résulte, au contraire, que les parties ont entendu que le serment pourrait être prêté devant le tribunal, en cas de refus ou d'impossibilité de la part des personnes désignées pour le recevoir;

Comme on doit, en général, le présumer, lorsque la convention ne désigne aucune personne pour être présente à la prestation;

Auquel cas, le serment ne serait judiciaire que par la forme de sa prestation en justice; de telle sorte que la partie, à laquelle il a été déféré, ne pourrait pas le référer à l'autre. (Comp. Larombière, t. V, art. 1358, n° 3; *supra*, n° 566.)

570. — L'article 55 du Code de procédure, au titre *De la conciliation*, est ainsi conçu :

« Si l'une des parties défère le serment à l'autre, le « juge de paix le recevra, ou fera mention du refus de le « prêter. »

La question s'est élevée de savoir quel est le caractère de ce serment, au bureau de conciliation : s'il est judiciaire ou extrajudiciaire?

Duranton enseigne qu'il est judiciaire, et par conséquent litis-décisoire; d'où il conclut que le refus fait par une partie de prêter, devant le juge de paix, le serment qui lui est déféré par son adversaire, met le tribunal civil dans la nécessité de condamner cette partie purement et

simplement, sans autre preuve et sans nouvelle délation de serment. (T. XIII, n° 569.)

Mais cette solution ne nous paraît pas juridique ; aussi, d'après la doctrine généralement admise, il ne s'agit, dans l'article 55 du Code de procédure, que d'un serment extrajudiciaire ou volontaire :

1° Aux termes de l'article 1357, le serment judiciaire est nécessairement *décisoire;* c'est-à-dire, que, aux termes de l'article 1361, celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, doit succomber dans sa demande ou dans son exception ;

Or, tel n'est évidemment pas le caractère du serment déféré devant le bureau de conciliation ; le juge de paix, en effet, ne peut pas dire : *Jurare aut solvere cogam ;*

Que peut-il faire seulement, lorsque la partie à laquelle le serment est déféré refuse de le prêter ? notre texte repond formellement *qu'il fera mention du refus de le prêter;*

Donc, ce serment n'est pas décisoire.

2° La preuve s'en trouve encore dans l'article 1360, aux termes duquel le serment judiciaire *peut être déféré en tout état de cause;* ce qui implique que la demande a été introduite en justice.

Or, l'action n'est pas introduite en justice, lorsque les parties ne sont encore que devant le juge de paix au bureau de conciliation. (Art. 48, Code de procéd.; comp. Cass., 17 juillet 1810, Sirey, 1810, I, 327 ; Douai, 5 janv. 1854, Scarrériaux, Dev., 1854, II, 126 ; Toullier, t. VI, n° 363 ; Thomine-Desmasures, *Procéd. civ.*, t. I, n° 74 ; Boncenne, t. II, n° 43 ; Caron, *Juridict. des juges de paix,* t. I, p. 255 ; Bonnier, n° 415 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 346.)

571. — De là les conséquences suivantes :

Le serment est-il prêté, devant le juge de paix, par la partie, à laquelle l'autre l'a déféré ?

Il a l'effet d'une transaction ; et nous pouvons dire aussi qu'il est décisoire. (Comp. *supra,* n° 567.)

La prestation de serment, consignée au procès-verbal dressé par le juge, vaut conciliation; et la convention, ainsi constatée, a force d'obligation privée, aux termes de l'article 54 du Code de procédure.

M. Larombière ajoute, fort justement, que si telle est la nature du fait sur lequel le serment est déféré en conciliation, que le serment prêté ne produise pas immédiatement une transaction parfaite et définitive, qu'il fournisse seulement les éléments de la décision, que le juge ordinaire doit rendre, il est alors statué par la juridiction contentieuse, en vue du procès-verbal, qui constate la prestation du serment,et sur les moyens de solution, qui en résultent; cette hypothèse semble même être celle particulièrement prévue par l'article 55 du Code de procédure. (T. V, art. 1360, n° 11.)

572. — Le serment, au contraire, est-il refusé, devant le juge de paix, par la partie à laquelle l'autre l'a déféré?

Ce refus de serment n'est, à cette place, autre chose qu'un simple refus de conciliation.

Et si les parties viennent ensuite devant le tribunal civil, leur situation, en ce qui concerne le serment judiciaire, est exactement la même que si le serment n'avait pas été déféré par l'une d'elles à l'autre devant le juge de paix.

Celle, qui l'avait déféré à son adversaire, est donc libre soit de le déférer encore devant le tribunal, ou de ne pas le déférer.

Celle, à qui il avait été déféré, et qui a refusé de le prêter, est donc libre aussi de son côté, soit de le prêter devant le tribunal, soit de le référer à son adversaire.

Mais si son adversaire ne le lui défère pas de nouveau, elle ne serait pas recevable à déclarer qu'elle consent maintenant à prêter, devant le tribunal civil, le serment, que son adversaire lui a déféré devant le juge de paix, et qu'elle a refusé alors de prêter.

La scène est changée; et ici encore il serait trop tard.

573. — Mais supposons ceci :

Paul a déféré le serment, devant le juge de paix, à Pierre, qui a refusé alors de le prêter.

Et, devant le tribunal civil, Paul défère encore le serment, sur le même fait, et dans les mêmes termes, à Pierre, qui cette fois le prête.

Rien de plus régulier, avons-nous dit; et Paul doit succomber, aux termes de l'article 1361, dans sa demande ou dans son exception.

Assurément oui!

Mais pourquoi donc Pierre n'a-t-il pas prêté ce serment, lorsqu'il lui était déféré devant le juge de paix? et n'est-ce point par sa faute que les dépens de l'instance, qui a été engagée, ont eu lieu?

Nous croyons, en effet, que cette objection pourrait être fondée; et la conséquence en serait que Pierre, tout en gagnant son procès, pourrait être condamné aux dépens de cette instance, qui n'aurait été engagée que par sa contumace et sa mauvaise volonté. (Arg. des art. 1382-1383.)

Mais le motif même, sur lequel nous fondons cette solution, prouve assez qu'elle ne devrait pas être admise dans le cas où la partie qui consent à prêter le serment devant le tribunal civil, après avoir refusé de le prêter devant le juge de paix, pourrait justifier légitimement le refus, qu'elle a fait; comme si elle avait eu intérêt à obtenir un jugement de condamnation emportant hypothèque judiciaire (art. 2123), au lieu d'une simple transaction n'ayant que la force d'une obligation privée. (Art. 54 Code de procéd.; *supra*, n° 571; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 346; Larombière, t. V, art. 1360, n° 13.)

574. — Faut-il ajouter que le serment déféré devant le juge de paix par l'une des parties à l'autre, peut être référé par celle-ci à la partie, qui le lui a déféré?

Cette proposition est, en effet, incontestable, malgré le silence de l'article 55 du Code de procédure sur ce point.

La faculté, pour la partie à laquelle le serment est déféré, de le référer à son adversaire, doit être considérée comme de droit commun.

Quoi de plus naturel et de plus légitime que de répondre à l'adversaire, qui nous dit de jurer : Jurez vous-même! (Comp. *infra*, n° 624.)

575. — Le serment décisoire est un mode de preuve de droit commun devant la juridiction civile et commerciale. (Art. 1316, 1358, Code Napol.; art. 189, Code de comm.)

Mais est-il admissible devant la juridiction administrative?

Cette question peut paraître délicate.

Le Conseil d'État, toutefois, l'a résolue négativement :

« Considérant que les articles 1358 et suivants du Code civil, relatifs au serment décisoire, ne s'appliquent qu'aux contestations portées devant les tribunaux; — Qu'aucune disposition légale n'en a étendu les effets à la juridiction administrative; — Et que des motifs d'ordre public s'opposent à ce qu'un tel serment soit déféré devant cette juridiction.... » (29 nov. 1851, Pélissier, Dev., 1852, II, 154.)

Cette doctrine est, en effet, à notre avis, la plus sûre, malgré la critique, que Bonnier en a faite (n° 411).

Il est vrai que le Décret du 22 juillet 1806 admet l'interrogatoire sur faits et articles devant la juridiction administrative (art. 14).

Mais nul texte n'y admet le serment décisoire, qui est un mode de preuve différent. (Comp. Dufour, *Droit administratif*, t. II, n° 348.)

576. — Encore moins le serment décisoire serait-il admissible devant la juridiction criminelle!

Il est manifeste qu'il ne pourrait pas être déféré par la partie civile au prévenu ou à l'accusé; pas plus qu'il ne pourrait l'être par le prévenu ou par l'accusé à la partie civile.

On peut aussi fonder cette solution sur les motifs, qui servent de base à la décision précitée du Conseil d'État : qu'aucune loi n'a étendu ce mode de preuve à la juridiction criminelle, et que des motifs d'ordre public s'opposent à ce qu'un tel serment soit déféré devant cette juridiction. (*Supra*, n° 575.)

Il est vrai que, aux termes de l'article 2046 :

« On peut transiger sur l'intérêt civil, qui résulte d'un « délit. »

Mais il ne faut certainement pas en déduire cette conséquence que le serment décisoire puisse être déféré ou référé devant la juridiction criminelle.

L'action civile, en effet, lorsqu'elle est portée devant cette juridiction, par voie de jonction à l'action publique, se trouve, sous le rapport du mode de preuve, intimement liée à celle-ci; et tout le régime de l'instruction et des débats devant la juridiction répressive résiste essentiellement à ce qu'on y introduise, en ce qui concerne la partie civile, un mode de preuve spécial et distinct.

Ce n'est pas seulement d'ailleurs le caractère de la juridiction, qui y résiste; c'est aussi le caractère des faits sur lequel le serment décisoire serait déféré; nous entreprendrons, en effet, bientôt d'établir que ce serment ne peut pas être déféré à une partie sur des faits, qui seraient de nature à provoquer contre elle les poursuites du ministère public. (*Infra*, n° 609; comp. Larombière, t. V, art. 1369, n° 15.)

577. — D'après l'article 1357, le serment judiciaire est de deux espèces :

I. — Le serment décisoire, qui est déféré par l'une des parties à l'autre ;

II. — Le serment supplétoire, qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties.

Nous allons en traiter successivement.

§ 1.

DU SERMENT DÉCISOIRE.

SOMMAIRE.

578. — Division.

578. — Deux points principaux doivent être, sur cette matière, l'objet de notre étude :

A. — Dans quels cas et sous quelles conditions le serment décisoire peut être déféré ou référé;

B. — Quel est l'effet du serment décisoire déféré; — référé ; — refusé ; — ou prêté.

A

DANS QUELS CAS ET SOUS QUELLES CONDITIONS LE SERMENT DÉCISOIRE PEUT-IL ÊTRE DÉFÉRÉ OU RÉFÉRÉ.

SOMMAIRE.

579. — Division.

580. — La délation du serment par l'une des parties à l'autre constitue l'offre d'une transaction conditionnelle sur le litige, qui les divise.
— Tel est le principe fondamental de cette matière.

581. — Suite.

582. — I. — Par quelles personnes le serment décisoire peut-il être déféré ou référé? — La règle est qu'il peut l'être par toute partie, qui est tenue légalement de faire une preuve à l'appui de sa demande ou de son exception.

583. — Suite.

584. — Suite.

585. — Suite. — Renvoi.

586. — A quelles personnes le serment décisoire peut-il être déféré? — Explication.

587. — Le serment ne peut être déféré que par l'une des parties à l'autre. — Conséquence.

588. — Suite.

589. — Suite.

590. — Suite.

591. — Suite.

579. — Cette question générale, que nous posons d'abord, comprend plusieurs questions particulières ; à savoir :

I. — Par quelles personnes et à quelles personnes le serment décisoire peut-il être déféré ou référé ;

II. — Dans quelle espèce de contestation, et sur quels faits ;

III. — A quelle phase de l'instance ;

IV. — De quelle manière, et en quels termes.

580. — Mais, avant d'aborder chacun de ces points, il est nécessaire de poser un principe, qui doit d'avance en préparer la solution, parce qu'il domine, en effet, toute cette matière.

Ce principe, c'est que la délation du serment par l'une des parties à l'autre, constitue l'offre d'une transaction conditionnelle sur le litige, qui les divise. La partie qui défère le serment, ou celle qui le réfère, est censée tenir à son adversaire ce langage : « Je déclare renoncer à soutenir ma demande ou mon exception, si vous jurez que ma prétention n'est pas fondée; et je vous fais ainsi juge vous-même de notre différend ; »

Transaction conditionnelle, disons-nous, et qui se distingue aussi par ce caractère essentiel, qu'elle est forcée, en ce sens que la partie, à laquelle elle est offerte, est tenue de l'accepter, et qu'elle doit succomber, si elle ne prête pas le serment, qui lui est déféré ou référé.

Le jurisconsulte Paul exprimait très-bien notre principe par cette formule :

« *Jusjurandum speciem transactionis obtinet.* » (L. 2, ff. *de Jurejurando*.)

581. — Il y a donc là un véritable contrat.

D'où nous devons déduire cette conséquence générale, que la faculté de déférer ou de référer le serment décisoire est aussi étendue et aussi libre que la faculté de contracter (art. 1358) ;

Comme elle est également soumise, ainsi que nous

allons l'expliquer, aux mêmes conditions, sous le rapport du consentement; — de la capacité; — de la cause; — et de l'objet (art. 1108 et suiv.).

582. — I. — Par quelles personnes le serment décisoire peut-il être déféré ou référé?

La règle est qu'il peut l'être par toute partie qui est tenue légalement de faire une preuve, soit à l'appui de sa demande, soit à l'appui de son exception.

Cette partie a ainsi la faculté de se décharger du fardeau de la preuve, qui pèse sur elle, en déférant ou en référant le serment à son adversaire, dans les cas, bien entendu, et sous les conditions, où la délation du serment est admissible.

Voilà l'office du serment dans le régime des preuves; c'est de changer les rôles et de rejeter sur la partie, à laquelle il est déféré ou référé, l'obligation de fournir elle-même l'espèce particulière de preuve, souverainement décisive, qui s'y attache.

583. — Il résulte de notre prémisse que le serment ne peut être déféré que par les personnes qui ont la capacité de transiger sur l'objet de la contestation (art. 2045; *supra*, n° 581).

C'est ainsi que la femme mariée ne peut le déférer qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice;

Et que les individus pourvus d'un conseil judiciaire ont besoin de l'assistance de leur conseil (art. 513; comp. Duranton, t. XIII, n° 585; Larombière, t. V, art. 1359, n° 1.)

584. — A plus forte raison, les mandataires ne peuvent-ils pas déférer le serment décisoire sans un pouvoir spécial. (Art. 1988, 1989.)

Tels sont :

Les avoués (art. 352, Cod. de procéd.);

Les syndics d'une faillite, auxquels l'autorisation du juge-commissaire est, à cet effet, nécessaire. (Art. 487 du Code de comm. comp.; Grenoble, 23 fevrier 1827,

Sirey, 1827, II, 137; Bordeaux, 30 juillet 1829, Dev., 1830, II, 7; Cass., 27 avril 1831, Dev., 1831, I, 194; Rouen, 21 fév. 1842, De Guéroult, Dev., 1842, II, 262; Paris, 20 fév. 1844, Clochez, Dev., 1844, I, 638; Nîmes, 12 janv. 1848, Mialon, Dev., 1848; II, 393, Rennes, 6 août 1849, Drouet, Dev., 1851, II, 731; Rennes, 29 mai 1858, De la Ville-Jossy, Dev., 1862, II, 216.)

585. — Tels aussi les tuteurs, ainsi que nous l'avons exposé, dans notre *Traité de la Minorité; — de la Tutelle*, etc., t. I, nos 690 et suiv.

586. — Et maintenant, à quelles personnes le serment peut-il être déféré?

La réponse est facile :

Car la corrélation est généralement exacte entre ces deux questions : par quelles personnes et à quelles personnes le serment peut être déféré.

Et le même principe, par lequel nous avons résolu la première, doit aussi résoudre la seconde, à savoir : que le serment ne peut être déféré qu'à ceux qui peuvent transiger sur l'objet de la contestation. (*Supra*, n° 583.)

587. — Notons d'abord que, d'après le texte même de l'article 1357, très-conforme certes aux principes, le serment ne peut être déféré que *par l'une des parties à l'autre.*

Il ne pourrait donc pas être déféré à un tiers, qui ne figurerait pas personnellement, comme partie, dans la contestation;

Au mari, par exemple, qui ne figurerait dans l'instance que pour autoriser sa femme (comp. *infra*, n° 706; Grenoble, 11 juill. 1806, Sirey, 1807, II, 47; Angers, 28 janv. 1825, Sirey, 1825, II, 159; Chambéry, 14 juill. 1866, Galetto, Dev., 1867, II, 149; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 436; Larombière, t. V, art. 1359, n° 5).

588. — Pas plus qu'à celui qui ne figurerait dans l'instance que comme conseil judiciaire pour assister un prodigue.

589. — Que le serment ne puisse pas être déféré ou référé à celui qui ne plaide pas en son nom, mais qui ne fait que représenter l'une des parties dans l'instance, cela est d'évidence ;

Sauf, bien entendu, le droit, pour l'autre partie, de demander la comparution personnelle de son adversaire à l'audience, pour lui déférer ou lui référer le serment, dans le cas, en effet, où il pourrait lui être légalement déféré ou référé.

Tels sont les mandataires en général :

Les syndics d'une faillite ;

Les administrateurs d'un établissement public ou d'une commune ;

Les maris ;

Les tuteurs. (Comp. les citations, *supra*, n° 584.)

590. — Supposons pourtant que la contestation soit engagée sur un fait personnel au représentant lui-même.

L'autre partie pourra-t-elle lui déférer ou lui référer le serment ?

Et quel sera, en ce qui concerne la partie représentée, l'effet de cette délation, soit que le représentant prête le serment, soit qu'il refuse de le prêter ?

Nous pensons que, pour résoudre cette double question, il faut constater d'abord la nature du fait, sur lequel le serment est déféré, et répondre, en conséquence, par une distinction :

Ou le fait, dont il s'agit, rentre dans les limites du pouvoir, qui appartenait au représentant, et a pu, dès lors, être accompli par lui, en son nom qualifié, d'une manière obligatoire pour le représenté ;

Ou le fait, accompli par lui, a dépassé la limite de son pouvoir, et ne peut pas être, en conséquence, obligatoire pour le représenté.

591. — *a.* — Dans le premier cas, notre avis est :

1° Que le serment peut être déféré au représentant,

lors même qu'il n'aurait été mis en cause qu'en son nom qualifié et point en son nom personnel ;

2° Que la délation, la relation ou le refus du serment de la part du représentant, produit, dans les rapports du représenté avec les tiers, les mêmes effets, que si le serment avait été déféré au représenté ; car le mandataire, ayant agi dans la limite de son mandat, a légalement représenté le mandant.

Nous disons : dans les rapports du représenté avec les tiers ; il est évident, en effet, que le serment déféré par le tiers au représentant ne saurait dispenser celui-ci des justifications, auxquelles il pourrait être tenu, envers le représenté, pour la reddition de son compte de gestion.

Paul, tuteur de Pierre, assigne, *tutorio nomine*, Jules en payement d'une somme de 1,000 fr., qu'il prétend être due par lui à son pupille.

Mais Pierre soutient qu'il a payé cette somme à Paul lui-même ; et comme il ne peut pas produire de quittance écrite, il lui défère le serment décisoire.

Eh bien ! ce serment produira les mêmes effets que s'il avait été déféré au mineur.

On voit que nous supposons, ce qu'il faut, en effet, suivant nous, supposer, que le tuteur, auquel le serment est déféré, est encore en exercice. (Comp. notre *Traité de la Minorité; — de la Tutelle*, etc., t. I, n° 693.)

592. — La solution, que nous venons d'appliquer pour ce premier cas, au tuteur d'un mineur ou d'un interdit, est évidemment applicable à tous les mandataires, qui ont agi dans la limite de leur pouvoir, et par exemple, à celui des associés, qui, ayant mandat de représenter la société, aurait accompli un acte dans la limite de ses pouvoirs. (Comp. Colmar, 23 août 1859, de Lapisse, Dev., 1862, II, 425 ; et les observations de l'arrêtiste.)

593. — *b.* — Mais au contraire, dans le second cas,

c'est-à-dire lorsque le fait accompli par le représentant dépasse la limite de son pouvoir, et ne peut pas être, en conséquence, obligatoire pour le représenté, notre avis est, en sens inverse :

1° Que le serment ne peut être déféré au représentant par la partie adverse, qu'autant qu'il a été mis en cause, non-seulement en sa qualité de représentant, mais aussi en son nom personnel;

2° Que cette délation de serment ne pourra pas préjudicier au représenté, et que si le représentant refuse de jurer, les droits du représenté envers les tiers ne peuvent pas être compromis par ce refus.

Pourquoi?

Par la raison bien simple, que, dans ce second cas, le mandataire, ayant dépassé ses pouvoirs, n'a plus représenté le mandant. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 349; Larombière, t. V, art. 1359, n°s 8 et 9.)

594. — C'est, à certains égards, dans le même ordre d'idées, que la disposition finale de l'article 2275 est conçue :

« Néanmoins, ceux auxquels ces prescriptions (de « courte durée) seront opposées, peuvent déférer le « serment à ceux qui les opposent, sur la question de « savoir si la chose a été réellement payée.

« Le serment pourra être déféré aux veuves et héri« tiers, *ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs,* « *pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la* « *chose soit due.* »

Cette application du serment de *crédulité* ou de *crédibilité*, comme on l'appelle, est notable. (*Infra*, n° 606.)

Bonnier remarque, il est vrai, avec quelque vérité, que cette décision est en harmonie avec la distinction établie par l'article 1323, pour les écrits privés, entre le prétendu signataire, qui doit avouer ou désavouer son écriture, et l'ayant cause, qui peut se borner à déclarer qu'il ne connaît point l'écriture de son auteur (n° 412).

Mais il n'en faut pas moins reconnaître que cette décision a un caractère exceptionnel en ce qui concerne les tuteurs, puisque le tuteur, à la différence de la veuve ou de l'héritier majeur, n'a point capacité pour transiger seul, au nom du mineur.

595. — Aussi, notre avis est-il que la disposition de l'article 2275, en ce qui concerne les tuteurs des mineurs, ne saurait être étendue à d'autres cas que celui prévu par le texte, des prescriptions de courte durée. (Comp. Colmar, 23 août 1859, De Lapisse, Dev., 1860, II, 425; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 350; Bonnier, n° 412; Larombière, t. V, art. 1359, n° 12.)

596. — Mais serait-ce l'étendre, que de l'appliquer au cas prévu par l'article 189 du Code de commerce?

Nous ne le pensons pas.

Cet article est ainsi conçu :

« Toutes actions relatives aux lettres de change, et « aux billets à ordre souscrits par des négociants, mar- « chands ou banquiers, ou pour faits de commerce, se « prescrivent par cinq ans, à partir du jour du protêt, « ou de la dernière poursuite juridique, s'il n'y a eu « condamnation, ou si la dette n'a été reconnue par acte « séparé.

« Néanmoins les prétendus débiteurs seront tenus, « s'ils en sont requis, d'affirmer, sous serment, qu'ils « ne sont plus redevables; *et leurs veuves, héritiers ou* « *ayants cause, qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus* « *rien dû.* »

Objectera-t-on que cet article du Code de commerce, à la différence de l'article 2275 du Code Napoléon, n'applique pas cette disposition aux tuteurs des héritiers mineurs?

Cette objection ne serait pas, suivant nous, décisive.

De deux choses l'une, en effet :

Ou il faut décider que les tuteurs ne peuvent pas, au

nom et dans l'intérêt des mineurs, opposer la prescription abrégée de l'article 189;

Ou il faut décider qu'ils ne peuvent l'opposer que sous la condition que l'article 189 y ajoute.

Car cette disposition est indivisible; et ce serait la dénaturer, que d'admettre le tuteur à opposer la prescription à une partie, sans que cette partie puisse lui déférer le serment de crédulité.

Or, il est véritablement impossible de priver les mineurs de la faculté d'invoquer l'application de l'article 189 du Code de commerce.

C'est que, en effet, l'article 2275 du Code Napoléon et l'article 189 du Code de commerce ont été conçus dans le même esprit et doivent en conséquence recevoir les mêmes applications.

597. — Ajoutons d'ailleurs que le tuteur, dans ce cas, qui pourrait prêter le serment, pourrait également le référer; car la condition du mineur n'en serait pas détériorée. (Comp. Larombière, t. V, art. 1362, n° 3.)

598. — II. — Aux termes de l'article 1358 :

« Le serment décisoire peut être déféré sur quelque « espèce de contestation que ce soit. »

Telle est la règle sur le second point de notre étude. (*Supra*, n° 579.)

Règle générale, comme on voit.

Il n'y a donc pas à distinguer si la chose, qui fait l'objet du litige, excède la somme ou valeur de 150 fr.;

Ni si le serment est déféré contre et outre le contenu à un acte, ou sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis cet acte.

Ces deux restrictions apportées par l'article 1341 à la preuve testimoniale, ne concernent, en aucune manière, le serment.

Pas plus qu'il n'y a lieu de distinguer entre les matières réelles et les matières personnelles.

« *Jusjurandum,* disait Ulpien, *et ad pecunias*, *et ad omnes res locum habet.* » (L. 34 *princ.*, ff. *de Jurejurando.*)

C'est pourquoi il pourrait être, à notre avis, déféré sur l'existence d'une transaction non prouvée par écrit, sans que l'article 2044 y fasse obstacle. (Comp. Nancy, 29 juillet 1837, Cholley, Dev., 1839, 2, 140; Limoges, 6 févr. 1845, Choury, Dev., 1845, II, 653; voy. pourtant Montpellier, 5 déc. 1825, Sirey, 1825, II, 331.)

599. — Et toutefois, si grande que soit la généralité de la règle, qui est écrite dans l'article 1358, il faut bien reconnaître qu'elle comporte un certain nombre d'exceptions, dont plusieurs même sont fort importantes.

Ces exceptions résultent nécessairement de la prémisse, sur laquelle toute la théorie du serment décisoire est fondée ; à savoir : qu'il renferme l'offre d'une transaction. (Comp. *supra*, n° 580.)

D'où il suit, en effet, qu'il ne peut être déféré que dans les contestations, sur lesquelles il est permis aux parties de transiger.

Il faut donc en exclure, tout d'abord, celles des contestations, qui portent sur des matières d'ordre public, dans lesquelles l'affirmation, même assermentée, des parties, ne saurait exercer aucune influence.

Telles sont, notamment, les matières, qui concernent :

La validité des mariages; — les séparations de corps; — ou de biens; — la paternité et la filiation ; et même aussi, certainement, suivant nous, la maternité, malgré un arrêt contraire de la Cour de Rennes du 16 décembre 1836. (D., 1837, II, 960 ; Comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps,* t. II, n° 475 ; notre *Traité de la Paternité et de la Filiation,* n° 185 ; art. 328 Cod. Nap.; 104 Cod. de procéd.; Cass., 12 juin 1838, Martin, Dev., 1838, I, 695 ; Cass., 27 févr. 1839, Dusillet, Dev., 1839, I, 161.)

600. — C'est par l'application de cette règle que nous paraît devoir aussi être résolue la question de savoir si le serment peut être déféré ou référé à une partie, qui est protégée par une présomption légale :

Non! répondons-nous, si la présomption légale, qu'elle invoque, est fondée sur des motifs d'ordre public, comme l'autorité de la chose jugée ou la prescription trentenaire;

Oui! si la présomption légale est fondée seulement sur des motifs d'intérêt privé, comme la présomption d'interposition de personnes dans le cas de l'article 911, ou de remise de la dette, dans le cas de l'article 1282.

Telle est, en effet, la distinction, au moyen de laquelle nous avons entrepris d'expliquer la disposition finale de l'article 1352, qui édicte, relativement aux présomptions légales, une réserve en ce qui concerne le *serment et l'aveu judiciaires*. (*Supra*, nos 275, 278.)

601. — Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a décidé qu'un avoué ne peut pas déférer le serment à son client sur les frais dus par lui, faute de production du registre, que les avoués doivent tenir et représenter en justice. (Tarif du 16 février 1807, art. 151; Cass., 1er mai 1849, Planté, Dev., 1849, I, 699.)

602. — Il faut ajouter que la règle de l'article 1358 doit admettre encore d'autres exceptions, lors même que ces exceptions ne paraîtraient pas immédiatement fondées sur un motif d'ordre public, si elles sont d'ailleurs commandées par les principes de la matière, auxquels elles appartiennent.

Entendue autrement, et avec la généralité absolue, que les termes de l'article 1358 sembleraient comporter, cette règle, dit très-justement Bonnier, détruirait toute l'économie de notre droit! (No 410.)

Est-ce qu'il serait possible de suppléer, par la déla-

tion du serment, au défaut d'un de ces actes, que l'on appelle solennels, précisément parce qu'ils n'admettent pas d'autre moyen équivalent de preuve que l'accomplissement des solennités, qui les constituent?

Évidemment non!

D'un contrat de mariage par exemple (art. 1394; comp. Cass., 24 juillet 1852, Riouf de Thoreny, Dev., 1852, I, 696);

Ou d'une donation entre-vifs. (Art. 934; comp. Pau, 24 août 1870, Salles, Dev., 1871, II, 99.)

603. — Le serment est un moyen de preuve.

Or, *frustra probatur quod probatum non relevat*. (Comp. le tome VI, n° 213.)

C'est pourquoi encore le serment ne pourrait pas être déféré sur la demande en payement d'une dette de jeu ou d'un pari.

A quoi bon?

Puisque la loi n'accorde pas d'action pour ces sortes de dettes, fussent-elles prouvées! (Art. 1965.)

604. — Le serment étant un appel à la conscience de la partie, à laquelle il est déféré, ne peut, évidemment, lui être déféré que sur un fait à elle personnel.

Aussi, telle a été, de tout temps, la règle:

« *Hæredi ejus cum quo contractum est*, disait Paul, *deferri non potest, quoniam contractum ignorare potest.* » (*Sententiæ*, lib. II, tit. I, § IV.)

Pothier s'exprimait de même (n° 915).

C'est aussi la règle, que notre article 1359 consacre:

« Il (le serment) ne peut être déféré que sur un fait « personnel à la partie, à laquelle on le défère. »

Et ce qu'il faut entendre ici par fait personnel, la raison le dit assez; c'est le fait, qui a été accompli par la partie elle-même, et auquel elle a elle-même personnellement participé.

Il n'y a place, dans ce cas, à aucune fiction de représentation ; c'est la vérité, la réalité du même fait, qui est seule à considérer.

605. — Mais faut-il que le fait soit commun aux deux parties, et personnel également à l'une et à l'autre ;

De manière que la partie, à laquelle le serment est déféré par son adversaire, puisse, de son côté, le lui référer ?

L'affirmative a été, dans notre ancien Droit, soutenue *par quelques Docteurs*, dit Pothier, *qui pretendaient que celui à qui le serment est déféré, n'est pas obligé d'accepter la condition dans le cas auquel il ne peut pas le référer.* (N° 915.)

Ils se fondaient sur certains textes romains, et notamment sur la loi 34 au Digeste, *de Jurejurando*, d'où ils induisaient que cette réciprocité était nécessaire.

Mais Pothier leur répondait, victorieusement, que la principale raison, et qui seule suffit, pour que le serment puisse être déféré par l'une des parties à l'autre, *c'est que personne ne peut se plaindre qu'on le fasse juge dans sa propre cause.*

Et sa doctrine se trouve consacrée par l'article 1362, en ces termes :

« Le serment ne peut être référé, quand le fait, qui en est l'objet, n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré. »

Dire, en effet, que le serment ne peut pas être référé dans ce cas, c'est dire virtuellement qu'il peut être déféré.

606. — En général, le serment est déféré sur l'existence même du fait, qui en est l'objet.

Nous avons vu, toutefois, qu'il peut aussi être déféré sur la connaissance personnelle, que la partie peut en avoir ; c'est le serment *credulitatis.... de crédibilité* ou de *crédulité.*

Dans quels cas il peut être déféré aux tuteurs des mineurs, nous l'avons expliqué (*supra*, n° 594);

En annonçant que nous l'expliquerions, en ce qui concerne les veuves, et héritiers ou successeurs universels d'une personne décédée, auxquels l'article 2275 du Code Napoléon et l'article 189 du Code de commerce permettent de le déférer dans les cas qu'ils déterminent, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de prescriptions abrégées.

Or, deux questions s'élèvent sur ce point ; à savoir :

a. — Si le serment de crédulité ne peut être déféré aux veuves ou héritiers que dans ces deux cas limitativement;

b. — S'il peut être déféré à d'autres qu'aux veuves et aux héritiers.

Sur la première question, la réponse n'est pas douteuse ; et l'on s'accorde généralement à reconnaître que le serment de crédulité peut être déféré aux veuves et aux héritiers du défunt sur toute espèce de fait personnel à leur auteur, pour qu'ils aient à jurer s'ils ont ou s'ils n'ont pas connaissance de ce fait.

Pothier était, à cet égard, très-explicite :

« Une personne, *qui me demande le prix d'une chose qu'elle prétend avoir vendue au défunt, dont je suis l'héritier*, ne peut me déférer le serment sur le fait de savoir *si la chose a été vendue ou non au défunt ;* car ce n'est pas mon fait; c'est le fait du défunt, que je ne suis pas obligé de savoir. Mais l'usage, parmi nous, est que, en ce cas, on puisse me déférer le serment *sur le fait de savoir si j'ai connaissance que le défunt dût la somme demandée ;* car, en ce cas, on ne me défère pas le serment sur le fait de la vente, qui est le fait du défunt ; *mais on me défère le serment sur le fait de la connaissance qu'on prétend que j'ai de la dette, qui est mon propre fait.* » (N° 913.)

Cette raison-là, sur laquelle est fondé le serment de

crédulité, est, en effet, générale; elle prouve qu'il ne faut pas l'appliquer d'une manière limitative. (Comp. le rapport au Tribunat, par Favard, Locré, *Législ. civ.*, t. XII, p. 539; Toullier, t. VI, n° 372; Duranton, t. XIII, n° 580; Boncenne, t. II, p. 492; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 35, I, 351-352.)

607. — *b.* — Mais la seconde question peut paraître plus délicate. (*Supra*, n° 606.)

Peut-on déférer le serment de crédulité à d'autres personnes qu'aux héritiers ou à la veuve d'une personne décédée?

La négative est, en effet, soutenue par des auteurs considérables; et telle est, notamment, la doctrine de MM. Aubry et Rau, dans le passage que nous venons de citer.

D'après ces éminents jurisconsultes, le serment de crédulité, en tant qu'il est déféré aux veuves ou aux héritiers, se justifie par cette double raison :

1° Qu'on ne peut supposer que les veuves et héritiers d'une personne décédée se trouvent dans une ignorance complète au sujet de ses affaires;

2° Qu'il ne faut pas que la condition du créancier, qui aurait eu la faculté de déférer un serment litis-décisoire à son débiteur, se trouve empirée par l'événement de son décès.

Or, ces deux raisons ne sont pas applicables dans les hypothèses, où on prétendrait déférer le serment décisoire à d'autres qu'aux veuves ou aux héritiers d'une personne décédée.

Donc, il ne peut pas, en effet, leur être déféré. (Comp. Cass., 17 juillet 1876, Morel, Dev., 1877, I, 17; et les observations de l'arrêtiste, *h. l.*; Laurent, *Principes de Droit civil*, t. XX, n° 249.)

Notre avis est pourtant qu'il pourrait l'être.

J'assigne Paul en remboursement d'une somme de 1000 francs, que je prétends m'être due par lui, par

suite d'une convention, que j'ai faite avec Pierre, son mandataire, agissant, en cette qualité, dans les limites de son mandat.

Et n'ayant pas de preuve littérale, je lui défère le serment décisoire, pour qu'il ait à jurer s'il est ou s'il n'est pas à sa connaissance personnelle que cette somme m'est due, en effet, pour la cause dont j'affirme l'existence.

Mais vraiment, pourquoi donc ce serment ne pourrait-il pas lui être déféré?

Est-ce que ce n'est pas sur un fait personnel à Paul, qu'il lui est déféré?

Oui, sans doute; à savoir: sur le fait de la connaissance personnelle, que je soutiens qu'il a de la dette, dont il est tenu envers moi.

Cette raison n'est pas concluante, répondent MM. Aubry et Rau (*loc. supra cit.*).

Mais c'était précisément la raison, sur laquelle Pothier fondait le serment de crédulité! (*Supra*, n° 607.)

« Dans ce cas, disait-il, on me défère le serment sur le fait de la connaissance, qu'on prétend que j'ai de la dette, *qui est mon propre fait.* (Comp. Cass., 9 nov. 1846, Sudreau, Dev., 1847, I, 45; Larombière, t. V, art. 1359, n° 12; Colmet de Santerre, t. V, n° 337 *bis*, 111.)

608. — Le serment peut-il être déféré contre et outre les énonciations contenues dans un acte authentique?

Il faut, à notre avis, répondre affirmativement, par application de notre article 1358, qui porte que le serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit;

A moins pourtant qu'il ne s'agisse de faits constatés authentiquement par l'officier public et dont la force probante ne peut être attaquée que par la voie spéciale de l'inscription de faux. C'est là, en effet, une voie spéciale, et on pourrait dire solennelle, en dehors de laquelle le témoignage de l'officier public ne peut pas

être mis judiciairement en question. (Art. 1319; comp. *supra*, n° 602; le tome VI de ce Traité, n° 271 ; Poitiers, 27 nov. 1850, Eon, Dev., 1851, II, 417.)

Cette distinction, généralement admise, nous paraît juridique, malgré le dissentiment de notre savant collègue, M. Colmet de Santerre. (T. V, n° 337 *bis*, VI; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 352; Larombière, t. V, art. 1360, n° 3.)

609. — Paul défère à Pierre le serment en ces termes :

« Jurez que vous ne m'avez pas prêté de l'argent à des intérêts usuraires; — ou que vous n'avez pas détourné des effets de la succession, qui nous est échue ; — ou que vous n'avez pas commis, à mon préjudice, un abus de confiance; etc. »

Ce sont bien là des faits personnels.

Assurément!

Mais ce sont aussi des faits honteux et illicites, dont la seule imputation constitue un affront.

Est-il admissible que la partie soit tenue de le subir et d'affirmer, sous serment, qu'elle n'a pas commis le fait déshonorant et coupable, dont on l'accuse?

Le jurisconsulte Paul, dans la loi 27, § 6, au Digeste, *de Jurejurando*, paraît bien répondre affirmativement.

Mais plusieurs auteurs avaient autrefois pensé que le serment devait être, en cas pareil, déclaré non recevable.

C'est ainsi que le président Favre écrivait :

« *Non cogendum quemquam jurare super positione turpi vel famosâ, puta quod usuras centesimas vel alias majores omni jure prohibitas acceperit.* » (Lib. IV, t. IV, Def. 43.)

Et, de même, plusieurs Cours avaient demandé qu'il fût formellement exprimé que l'interrogatoire sur faits et articles ne pourrait pas porter *sur des faits calomnieux, ni captieux, ni préjudiciables aux parties, et qui pourraient tendre à découvrir leur turpitude.* (Comp. Bonnier, n° 373.)

Cette considération est grave certainement; et nous

avons ailleurs exprimé déjà les scrupules qu'elle nous cause. (Comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 475.)

Il faut que nous ajoutions, toutefois, que la jurisprudence moderne ne s'y est point arrêtée, et qu'il paraît généralement admis, au contraire, par les arrêts et par les auteurs, que le serment décisoire peut être déféré sur des faits honteux ou illicites.

La vérité est que la formule de l'article 1359 est bien générale.

Mais nous voudrions néanmoins excepter ceux des faits illicites, qui seraient de nature à faire encourir une répression pénale à la partie appelée à prêter le serment. L'esprit général de nos lois nouvelles a été évidemment de supprimer tout serment imposé (comme il y en avait dans l'ancien Droit), à celui qui, en le prêtant, s'exposerait à une peine!

C'est ainsi, par exemple, que le serment qui serait recevable sur un fait isolé d'usure, ne nous paraîtrait pas, au contraire, recevable sur des faits qui constitueraient l'habitude d'usure. (Comp. loi du 3 septembre 1807; Turin, 13 avril 1808, Sirey, 1809, II, 77; Bruxelles, 4 fév. 1809, Sirey, 1809, II, 217; Pau, 3 déc. 1829, Marc, D., 1830, II, 71; Cass., 5 mai 1852, Gounon, Dev., 1852, I, 395; et la note de l'arrêtiste; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 352.

610. — Est-il besoin d'ajouter que les faits, sur lesquels le serment peut être déféré, doivent être concluants et relevants, c'est-à-dire, de nature à entraîner la décision de la contestation?

Évidemment oui, puisqu'il s'agit d'un serment *décisoire*.

Il n'y aurait donc pas lieu à ce serment, s'il était déféré sur l'existence d'un fait, dont la constatation acquise ne pourrait avoir d'autre résultat que de fournir un document à l'effet d'instruire la cause et d'en préparer la solution.

Le serment décisoire n'est pas un *moyen d'instruction;* il est, son nom même l'indique, *un moyen de décision.*

Vous me déférez le serment sur le fait que vous alléguez que l'on m'a cédé un droit litigieux contre vous.

A quoi bon! si, en même temps, vous vous réservez, après mon serment prêté, de ne pas exercer le retrait, et de continuer le procès. (Comp. Cass., 12 mai 1852, Comm. de Beaumont, Dev., 1852, I, 782.)

611. — L'appréciation, à ce point de vue, du caractère du fait, sur lequel le serment est déféré, constitue-t-elle une question de fait?

Ou une question de Droit?

En d'autres termes, la décision du juge, à cet égard, pourrait-elle être déférée à la Cour de cassation?

Nous répondons qu'il faut distinguer:

D'une part, il est certain, à notre avis, que le juge a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si le fait, sur lequel le serment est déféré, est de nature à fournir complétement la preuve, qui était à faire par la partie, qui l'a déféré; et sa décision, sur ce point, soit qu'elle admette, soit qu'elle rejette le serment, ne nous paraît pas susceptible d'être déférée à la Cour de cassation (comp. Cass., 6 mars 1834, Dev., 1834, I, 756; Cass., 5 mai 1852, Gounon, Dev., 1852, I, 393);

Tandis que, au contraire, sa décision pourrait être déférée à la Cour suprême, si elle contenait, sur les conséquences légales du fait en question, une appréciation erronée, qui constituerait une violation ou une fausse application d'un texte de loi. (Comp. Cass., 21 juillet 1852, Riouffe de Thoreny, Dev., 1852, I, 696; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 351.)

612. — III. — Aux termes de l'article 1360:

« Il (le serment) peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception, sur laquelle il est provoqué. » (*Supra*, n° 579.)

La délation du serment, avons-nous dit, renferme l'offre d'une transaction;

Or, les parties peuvent, bien entendu, transiger dans toutes les phases de l'instance, et en tout état de cause.

Il est, par conséquent, logique et naturel que le serment puisse être déféré, de même, par l'une d'elles à l'autre :

Non-seulement donc en première instance, mais aussi en appel.

Bonnier remarque que le serment ne peut pas néanmoins être déféré devant la Cour de cassation. (N° 414.) Ce qui est d'évidence! puisqu'il s'agit alors du point de droit, et non du point de fait, auquel le serment, de même que l'aveu, est seulement applicable.

613. — Des enquêtes ont eu lieu; — une expertise a été faite; — une vérification d'écriture aussi; — tous les moyens d'instruction, en un mot, ont été employés et épuisés.

Et voici maintenant que l'une des parties défère le serment à l'autre.

Y est-elle recevable?

Assurément oui!

A ce point même, dit fort justement M. Larombière, qu'elle ne pouvait s'en forclore par aucun acte de procédure. (T. V, art. 1360, n° 4.)

Remarquons, pourtant, qu'il serait trop tard, après le rapport de l'affaire en délibéré (art. 111, Code de procéd.); ou, dans les affaires ordinaires, après les conclusions du ministère public. (Art. 72 et 87 de la loi du 30 mars 1808.)

C'est que, dans ces deux cas, le débat est clos, et que les parties ne peuvent plus prendre de nouvelles conclusions :

« Attendu, en droit, dit la Cour de cassation, que si, même après les conclusions du ministère public et le délibéré des magistrats, il n'est point défendu aux parties

de présenter à leurs juges des observations, éclaircissements ou mémoires tendant à justifier les prétentions, qui leur sont soumises, ces parties ne sauraient cependant présenter des conclusions nouvelles et changer ainsi la face d'un débat déclaré clos par la justice, et qu'il n'est plus permis à personne de rouvrir.... » (29 mai 1850, Cottereau, Dev., 1851, I, 131.)

613. *bis.* — L'article 1360 ajoute que le serment peut être déféré, *encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.*

On pourrait s'étonner de ce que le législateur a cru devoir édicter cette disposition. Est-ce que ce n'est pas, en effet, précisément pour ce cas, lorsque la partie est en détresse, ne pouvant pas elle-même fournir la preuve qui est à sa charge, qu'elle a recours à ce moyen extrême et désespéré de faire son adversaire juge dans sa propre cause?

Évidemment oui!

C'est alors qu'on s'adresse au serment : ... *omnibus probationibus aliis deficientibus,* disait Paul. (L. 36, princ., ff. *de Jurej.*)

Et pourtant, ce fut là autrefois une question fort controversée.

Plusieurs docteurs exigeaient au contraire quelque commencement de preuve pour que le serment, même décisoire, pût être déféré; se fondant, certes fort mal à propos, sur la loi 4, au Code, *de edendo : actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstet obtinebit.* (Bartole, ad leg. 3, ff., *de Rebus creditis; Mascardi, de Probationibus,* Concl. 957.)

Mais, déjà même dès ce temps, la doctrine contraire avait prévalu.

Elle était notamment celle de Vinnius, qui a exposé très-clairement, suivant sa coutume, le pour et le contre sur cette thèse. (*Selectæ quæstiones,* 42, lib. I.)

Et celle aussi de Pothier, qui a cru même devoir la traiter avec une étendue de développements, qui ne lui est pas habituelle (nº 914).

L'explication de l'article 1360, sous ce rapport, est donc historique; il est clair qu'il n'a rappelé l'ancienne doctrine que pour l'écarter législativement.

614. — Mais allons plus loin.

Non-seulement la partie, qui défère le serment à son adversaire, n'a, pour elle, aucun commencement de preuve.

Bien plus encore! elle a, contre elle, toutes les preuves, les plus décisives, les plus péremptoires; si bien que, d'ores et déjà, les juges ont la ferme conviction que sa demande ou son exception n'est pas soutenable, et qu'elle doit succomber.

C'est néanmoins dans cet état de l'instance, que cette partie défère à son adversaire le serment décisoire.

Ce serment est-il recevable?

Et les juges sont-ils tenus légalement d'ordonner que la partie, à laquelle il est déféré, devra le prêter ou le référer?

La solution négative est consacrée, dans la jurisprudence, par de nombreux arrêts.

Et, dans la doctrine, elle a aussi des défenseurs très-convaincus. (Comp. *Revue critique de législation*, t. XX, p. 248 et suiv., 1864, article de M. Alfred Giraud.)

Plusieurs jurisconsultes, que l'on pourrait croire d'abord dissidents, font eux-mêmes à cette thèse une concession, à notre avis, très-compromettante, et qui ne devrait pas être faite :

1° Les textes mêmes de la loi, dit-on, portent que *le serment peut être déféré* (art. 1358, 1359, 1360);

Formule, qui implique nécessairement que la faculté de le déférer n'est pas absolue de la part des plaideurs, et qu'il appartient aux juges d'apprécier s'il y a lieu ou s'il n'y a pas lieu d'en admettre la délation.

2° On ajoute que les textes, ainsi entendus, sont con-

formes au Droit commun, d'après lequel, en effet, les juges ont le droit et le devoir de diriger l'instruction et de clore les débats, lorsque leur religion est suffisamment éclairée, et que, leur conviction étant faite, la prolongation de l'instance ne serait, à leurs yeux, qu'une cause inutile de frais et de retards.

3° Enfin, on fait remarquer que cette considération est particulièrement grave, lorsqu'il s'agit de la délation du serment, qui pourrait, sans cette garantie, n'être déféré que pour gagner du temps, et devenir aussi un moyen odieux de malice et de vexation.

La partie est absente; elle est en voyage. — Tant mieux! et s'il s'agit d'une personne, comme il y en a parmi même les plus honnêtes, à laquelle cette solennité de la prestation d'un serment judiciaire sera pénible, quelle bonne fortune de lui faire, comme ils disent, *lever la main* devant le juge!

C'était précisément pour obvier à ces dangers, que le Droit romain exigeait des parties un serment particulier, *juramentum de calumnia,* par lequel elles affirmaient leur bonne foi, dans l'instance, qui s'engageait » ... *se bona instantia uti ad contradicendum.* » (*Instit.,* lib., IV, tit. XVII, § I; Code, tit. *Jurejurando propter calumniam dato.*)

Nous n'avons rien de pareil dans notre Droit; et c'est une raison de plus pour reconnaître aux juges le pouvoir d'apprécier si le serment décisoire est, en effet, déféré loyalement et de bonne foi, ou par esprit de méchanceté et de vexation. (Comp. Limoges, 10 mai 1845, Javerdat-Fombelle, Dev., 1846, II, 73; Cass., 17 nov. 1863, Changenet, Dev., 1864, I, 49; Bordeaux, 14 janv. 1869, Salaire, Dev., 1869, II, 164; Cass., 19 avril 1870, Chautemps, Dev., 1872, I, 420; Dijon, 24 juill. 1875, Chauliaux, Dev., 1874, II, 240; Cass., 27 juill. 1875, Raymond, Dev., 1875, I, 414; Caen, 25 juill. 1876, Duhauvel, Rec. des arrêts de Caen et de Rouen, 1877, I, 65.)

« En autorisant la délation du serment dans toute espèce de contestation et en tout état de cause, disent MM. Aubry et Rau, *la loi attribue une faculté à la partie et non au juge.* Il en résulte que lorsque le serment est valablement déféré, ce dernier est, en général, tenu de l'admettre. »

Mais les savants auteurs ajoutent :

« Il ne pourrait se dispenser de le faire que dans le cas où il lui paraîtrait constant que la délation a eu lieu par esprit de vexation, et à charge de le déclarer dans son jugement. (T. VI, p. 354.)

M. Larombière également commence ainsi :

« En disposant que le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, *l'article* 1358 *indique assez clairement que cette faculté n'appartient qu'aux parties et non au juge.* (T. V, art. 1361, n° 6.)

Et puis, l'éminent jurisconsulte ajoute :

« Cependant, si le serment n'avait été évidemment déféré que par esprit de malice et de vexation, la délation devrait en être rejetée par ce seul motif. Il convient d'appliquer alors ce principe d'équité : *Malitiis non est indulgendum.* Point d'indulgence pour la malice; car, lorsque la loi accorde une faculté, c'est uniquement à la condition qu'on n'en abusera pas méchamment. Par l'abus qu'elle en fait, la partie perd le droit d'en user légalement. » (*Loc supra cit.*, n° 7.)

615. — Si spécieuse et même si équitable, à première vue, que cette solution puisse paraître, et malgré les autorités imposantes, sur lesquelles elle est appuyée, notre avis est qu'elle n'est pas juridique.

Et nous espérons pouvoir démontrer qu'il faut, au contraire, répondre très-affirmativement que, lorsque le serment décisoire est déféré par l'une des parties à l'autre, dans les cas, bien entendu, où il peut être déféré légalement, il n'appartient jamais au juge de s'opposer à cette délation et de la déclarer non recevable :

1° La doctrine, que nous entreprenons de combattre, se méprend, suivant nous, complétement sur le texte de la loi, lorsqu'elle l'invoque à son aide; c'est, en effet, par le texte même, qu'elle nous paraît tout d'abord condamnée de la manière la plus formelle.

Nous avons vu comment l'article 1357 définit le serment décisoire :

« *Celui, qu'une partie défère à l'autre....* »

Voilà l'article qui pose la règle, celui dont les articles 1361 et suivants ne sont que l'application. Il est clair, en effet, que lorsque ces articles disposent que *le serment peut être déféré*, ils se relient à l'article 1357, pour exprimer que cette faculté est accordée, non pas au juge, mais aux parties l'une envers l'autre.

C'est que cette scène de la délation du serment décisoire, à la grande différence du serment supplétoire, qui est déféré par le juge, se passe tout entière entre les deux parties, sous l'autorité du juge sans doute, mais sans qu'il y ait, quant à la délation même du serment, aucun rôle !

C'est à la partie elle-même, à elle seule personnellement, que le serment est déféré par son adversaire;

Et c'est la partie elle-même, et elle seule personnellement, qui doit répondre : si elle entend le référer, le refuser, ou l'accepter.

Quand l'article 120 du Code de procédure dispose que :

« Tout jugement, qui ordonnera un serment, énoncera les faits sur lesquels il sera reçu » ;

Il a pour but d'en procurer l'exécution; nul ne conteste d'ailleurs que c'est au juge, qu'il appartient de statuer sur les difficultés préalables, qui peuvent s'élever relativement à l'admissibilité du serment, soit à raison de la capacité des parties, soit à raison de la nature du litige.

Mais nous supposons, bien entendu, que le serment est admissible.

Et c'est dans cette hypothèse, que nous croyons pouvoir affirmer qu'il résulte du texte même de l'article 1357 que le juge n'a, en aucun cas, le pouvoir de se substituer à la partie à laquelle le serment est déféré, et de répondre, pour elle, à l'offre qui lui est adressée, à elle-même, à elle seule!

2° Et le texte, ainsi entendu, comme il doit l'être, est l'expression la plus exacte de toute la théorie, d'où procède le serment décisoire.

Les dissidents prétendent que ce serment est un mode de preuve comme un autre, et qu'il appartient, en conséquence, au juge de n'y avoir pas plus d'égards qu'à tout autre, lorsque sa conviction est, d'ores et déjà, formée, et qu'il a le pouvoir de dire : *La cause est entendue.*

Il s'en faut bien !

Et tel n'est pas du tout le caractère du serment décisoire.

C'est un mode de preuve, au contraire, tout à fait spécial, par lequel la partie, qui le défère, dessaisit le juge pour saisir son adversaire lui-même de la décision du litige.

Oui ! le juge est, de ce moment, dessaisi ; et sa juridiction est finie ; on pourrait aller jusqu'à dire que c'est la juridiction de la partie, à laquelle le serment a été déféré, qui commence.

Or, si le juge est dessaisi, il est clair qu'il ne peut plus statuer, en aucune manière, sur le litige ; et ce n'est plus de lui, en effet, que peut venir *la chose jugée !*

C'est ce que Paul exprimait très-bien :

Jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet non immerito; cum ipse quis judicem adversarium suum de causâ suâ fecerit, deferendo jei usjurandum. (L. 1, princ. ff. *Quarum rerum actio non detur.*)

Et nous pouvons dire encore, sur ce sujet, ce que nous

avons dit de l'aveu, que le jurisconsulte romain n'exprime pas là une simple métaphore; il exprime la vérité, la réalité même du fait. (*Supra*, n° 498.)

3° Est-ce que, d'ailleurs, sous un autre point de vue encore, l'article 1357 ne consacre pas la vraie théorie du serment décisoire?

Évidemment oui!

La délation de ce serment, c'est l'offre d'une transaction faite par l'une des parties à l'autre;

Or, apparemment, c'est à la partie elle-même, à laquelle l'offre d'une transaction est faite, qu'il appartient de répondre;

Et de répondre, nécessairement, ainsi que la loi l'exige d'elle, en cette occasion; c'est-à-dire, de le référer, — de le refuser, — ou de le prêter. (Art. 1361.)

Il n'y a pas, d'après le texte même de la loi, d'autre alternative!

Et le juge ne saurait ouvrir une autre issue à la partie, à laquelle le serment décisoire est déféré.

4° Reste l'argument, que la doctrine contraire déduit des inconvénients, que peut présenter, dans notre doctrine, l'abus du serment dérisoire, qui pourrait devenir un moyen de prolonger les contestations judiciaires, et un moyen plus odieux encore de malice et de vexation.

Que ces inconvénients soient possibles, nous ne le nierons pas.

Mais ce qu'il fait reconnaître, c'est qu'ils sont nséparables de l'institution du serment décisoire, tel que le législateur l'a admis; et qui l'a admis précisément comme la ressource suprême et désespérée de la partie, qui se sent vaincue par les preuves extérieures, que son adversaire produit contre elle!

Remarquons bien, en effet, que si on concède une

fois, que le juge peut décider que la délation du serment n'est pas recevable, parce qu'elle lui paraîtrait être, dans l'espèce, un moyen de malice ou de vexation, comme ce serait là une appréciation *de fait*, la Cour de cassation ne pourrait pas contrôler une telle décision, au point de vue de l'application de la loi ; et la garantie du serment décisoire, pour les parties, disparaîtrait *en droit*, complétement. Si, en effet, on applique au juge la disposition de l'article 1358, qui porte que le serment *peut* être déféré, il n'y a plus de limite ! et la délation devient absolument facultative de sa part.

La vérité est d'ailleurs que les dissidents exagèrent beaucoup les abus possibles de notre doctrine, et que ces abus ne sont pas aussi à craindre qu'ils le prétendent.

Nous n'avons plus le serment romain *de calumnia!*

Il est vrai; mais nous avons les conclusions à fins des dommages-intérêts, précisément pour cause de malice et de vexation; et cette garantie-là en vaut bien une autre, d'autant plus que le juge, qui se sera vu forcé de déférer le serment à une partie, qui, dans son opinion, devait gagner son procès, sans être soumise à cette épreuve, se montrera sans doute assez disposé à lui accorder largement les dommages-intérêts, qu'elle demandera contre son adversaire. (Comp. Caen, 2e chambre, 15 févr. 1838, *Rec. des arrêts de Caen*, 1838, II, 21 ; *J. du P.*, 1843, t. I, p. 304, 305; et 4 janv. 1840, II, 98 ; Bourges, 22 févr. 1842, *J. du P.*, 1843, t., I, p. 306; Bastia, 12 avril 1864, Paoli, Dev., 1864, II, 189; Marcadé, art. 1358 ; Bonnier, n° 413 ; Boncenne, *Procéd. civ.*, t. II, p. 494 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 337 *bis*, V ; et *Revue critique*, t. XXV, p. 484.)

616. — IV. — Nous avons vu que la délation du serment doit être faite de telle sorte qu'elle ait nécessairement pour résultat de terminer la contestation d'une manière définitive et absolue. (*Supra*, n° 579.)

C'est ainsi qu'une partie ne pourrait pas déférer le serment à son adversaire, en se réservant de faire valoir, après le serment prêté, des conclusions subsidiaires. (Comp. Cass., 27 avril 1853, Chabus, Dev., 1853, I, 698.)

Il faut donc que le serment soit déféré, d'après le texte même de l'article 1357, pour en faire dépendre *le jugement de la cause.*

617. — Mais quel est le sens de cette disposition? — et de quelle manière doit-elle être entendue ?

Nous arrivons ainsi à une thèse très-controversée, et un peu obscure peut-être aussi dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Il s'agit de savoir si le serment, pour être décisoire, doit être déféré toujours par des conclusions principales?

Ou s'il peut, au contraire, sans que le caractère en soit changé, être déféré aussi par des conclusions subsidiaires ?

Il arrive souvent, au Palais, que la partie prend plusieurs chefs de conclusions successivement échelonnés les uns après les autres, sous cette formule, après les conclusions principales : *subsidiairement... très-subsidiairement... plus subsidiairement encore.*

Eh bien ! le serment, qui est ainsi déféré au dernier rang de ces conclusions, doit-il être considéré comme décisoire ?

Ou seulement comme supplétif ou supplétoire ?

La différence est très-grande entre l'un et l'autre !

Le serment est-il décisoire ?

1° Le juge est légalement tenu d'ordonner que la partie à laquelle il est déféré, devra le prêter, ou le référer, ou le refuser.

2° Le serment prêté fait la loi des parties et du juge; il termine irrévocablement la contestation.

Tandis que ni l'un ni l'autre de ces effets n'est, ainsi que nous l'expliquerons, attaché au serment simplement supplétoire.

Trois solutions sont en présence sur cette question :

618. — *a.* D'après la première, qui a généralement prévalu dans la jurisprudence et dans la doctrine, le serment déféré par des conclusions subsidiaires, perd ainsi, par la forme même de cette délation, son caractère décisoire ; il devient supplétoire ; de sorte que le juge ne peut l'imposer à la partie que dans les termes de l'article 1367, c'est-à-dire qu'autant que la demande ou l'exception n'est pas totalement dénuée de preuve.

Cette thèse n'a guère à son service qu'un seul argument, que voici :

L'article 1357 définit le serment décisoire : celui, qu'une partie défère à l'autre, *pour en faire dépendre le jugement de la cause ;* c'est-à-dire, d'après son interprétation, que la délation du serment décisoire implique de la part de celui qui le défère, l'abandon de tous les autres moyens qu'il pourrait produire, et que le juge dès lors n'a plus à examiner que le point de savoir si, en Droit, la délation du serment est recevable, sans avoir à examiner, en fait, si la demande ou l'exception est fondée ;

Or, celui qui ne défère le serment à son adversaire que par des conclusions subsidiaires, en posant d'abord des conclusions principales, ne fait évidemment pas dépendre de ce serment le jugement de la cause ; ce jugement, il le demande, avant tout, au juge lui-même par ses conclusions principales, dont il entend produire le développement, et sur lesquelles il provoque, de sa part, une décision préalable ;

Donc, un tel serment n'est pas décisoire, d'après le texte même de l'article 1357. (Comp. Colmar, 5 fév. 1834, et 7 mars 1835, Dev., 1835, II, 143 et 416 ; Limoges, 23 fév. 1843, Brachet-Laforêt, Dev., 1844, II, 637 ; Cass., 15 mars 1852, Adam, Dev., 1852, I, 324 ; Douai, 31 janv. 1855, Plasquin, Dev., 1855, II, 247 ; Merlin, *Répert.*, v° *Serment*, § 11, art. 11, n° 7 ; et *Quest. de Droit*, v° *Ser-*

ment, § 4; Toullier, t. VI, n[os] 404, 405; Favard, *Répert.*, v° *Serment*, sect. III, § 2, n° 6.)

619. — *b.* La seconde solution, qui invoque le même argument que la première, en déduit, toutefois, une conséquence moins absolue.

Elle décide qu'il est facultatif au juge et dans son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, de considérer, suivant les cas, le serment déféré par des conclusions subsidiaires, tantôt comme décisoire, tantôt seulement comme supplétoire, d'après les termes, dans lesquels il est conçu. (Comp. Pau, 3 déc. 1829, Sirey, 1830, II, 107; Cass., 12 nov. 1835, De Lattier, Dev., 1836, I, 923; Cass., 7 nov. 1838, Watier, Dev., 1838, I, 875; *Observations* de Devilleneuve, *h. l.*)

620. — *c.* Enfin, d'après la troisième opinion, que nous croyons, pour notre part, la seule juridique, le serment décisoire conserve, dans tous les cas, nécessairement son caractère, sans qu'il soit possible de distinguer s'il est déféré par des conclusions principales ou par des conclusions subsidiaires.

Dans tous les cas, disons-nous, nécessairement!

Et nous écartons ainsi tout d'abord cette opinion intermédiaire, qui attribue au juge un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si le serment, déféré par des conclusions subsidiaires, doit être considéré comme décisoire ou comme supplétoire.

Le serment décisoire présente, en effet, un caractère absolu; il est ou il n'est pas!

Si, pour être décisoire, il faut qu'il soit déféré par des conclusions principales, il s'ensuit corrélativement :

Que de même qu'il sera toujours décisoire dans des conclusions principales;

Il ne sera jamais, au contraire, que supplétoire dans des conclusions subsidiaires.

Est-ce que, d'ailleurs, cette appellation de serment sup-

plétoire peut convenir à un serment, qui est déféré par l'une des parties à l'autre?

Est-ce que le serment supplétoire n'est pas uniquement celui, qui est déféré d'office par le juge à l'une des parties?

Évidemment, oui! (Art. 1366.)

621. — Eh bien! donc, la doctrine, que nous affirmons, c'est que le serment décisoire peut être déféré aussi bien par des conclusions subsidiaires que par des conclusions principales :

1° Le texte de la loi nous paraît d'abord formel en ce sens.

Aux termes de l'article 1357 :

« Le serment décisoire est celui qu'une partie défère « à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la « cause. »

Or, un tel serment peut être déféré par des conclusions subsidiaires aussi bien que par des conclusions principales; et la loi, dans ses termes mêmes, ne fait aucune distinction de ce genre;

Donc, il est décisoire, en effet, sans distinction, toutes les fois qu'il est déféré pour en faire dépendre le jugement de la cause.

2° On se récrie que la partie, qui propose d'abord d'autres moyens, et parfois même une longue série d'autres moyens, dans ses conclusions principales, pour n'offrir le serment que dans ses conclusions subsidiaires, ne fait pas dépendre le jugement de la cause du serment qu'elle défère, puisqu'elle le fait préalablement dépendre des moyens proposés dans ses conclusions principales.

Qu'est-ce à dire?

Que l'on entend ces mots de l'article 1357, en ce sens que, pour être recevable à déférer le serment décisoire à son adversaire, il faut que la partie renonce aux moyens qu'elle pourrait avoir d'ailleurs à l'appui de sa demande ou de son exception; qu'il faut qu'elle en fasse, tout

d'abord et tout de suite, l'abandon et le sacrifice, et que le serment décisoire n'est admissible qu'autant qu'il se présente tout de suite, en effet, et tout seul ! Devilleneuve en convenait formellement ! (*Observations* sur l'arrêt de la Cour de cassation du 7 nov. 1838, Watier, Dev., 1838, I, 875.)

Mais la loi ne dit absolument rien de pareil ; elle n'a, en aucune manière, consacré une semblable théorie ; et il était, en logique et en équité, vraiment impossible qu'elle la consacrât !

Elle ne l'a pas consacrée ; et tout au contraire, l'article 1360 dispose que :

« Le serment décisoire peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception, sur laquelle il est provoqué. »

En tout état de cause! cela est clair ; donc, dans toutes les phases de l'instance, et après l'emploi même de tous les moyens et l'épuisement de tous les modes de preuve! (*supra*, n° 613) ;

Encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception ; ce qui n'est pas moins clair ; car le texte implique évidemment, *a fortiori*, que le serment peut être déféré, quand il existe un commencement de preuve, pour mettre ainsi, de plus en plus, l'adversaire entre l'alternative d'un parjure et la perte de son procès.

3° Nous ajoutons que la loi, en effet, ne pouvait, ni logiquement, ni équitablement, consacrer la doctrine, que nous combattons :

D'abord, parce que le serment décisoire renferme l'offre d'une transaction, et que l'on ne comprendrait pas que chacune des parties n'eût pas, à toutes les phases de l'instance et sous toutes les formes de ses conclusions principales ou subsidiaires, la liberté d'adresser cette offre à son adversaire, en le faisant juge lui-même du litige;

Ensuite, parce que c'est là, précisément, l'office du ser-

ment décisoire, de venir comme le suprême moyen et la ressource désespérée du plaideur, qui craint que les autres moyens, qu'il invoque, ne soient pas admis par le juge.

Ne semblerait-il pas même que les rédacteurs de notre Code ont voulu lui reconnaître ce caractère, lorsque, dans l'article 1316, ils l'ont mis au dernier rang des preuves en matière civile !

4° Qui ne voit, d'ailleurs, que ce serait en vain que le législateur aurait entrepris de demander à la partie l'abandon préalable de tous ses moyens, pour l'admettre au serment décisoire ! La force même des choses, les règles les plus élémentaires du Droit et de la procédure eussent apporté, de toutes parts, des obstacles à une prétention pareille.

La partie a présenté, en première instance, tous ses moyens par des conclusions principales et par des conclusions subsidiaires.... très-subsidiaires... plus subsidiaires encore; mais sans déférer le serment à son adversaire.

Elle a succombé; et elle porte l'appel.

Pourra-t-elle, devant la Cour, déférer à son adversaire, le serment décisoire par ses conclusions principales?

Qui voudrait le nier !

Et pourtant, elle n'avait pas renoncé à ses autres moyens.

Bien plus ! En première instance, dans ses premières conclusions, principales et subsidiaires, elle a proposé, soutenu et développé tous ses moyens ; mais sans déférer le serment décisoire à son adversaire.

Et, à la dernière heure, craignant une défaite, elle prend des conclusions nouvelles et additionnelles, par lesquelles elle déclare déférer à son adversaire le serment décisoire.

Ce serment sera-t-il recevable ?

Nous ne croyons pas non plus qu'il soit possible de le nier, en présence de l'article 1360 !

Mais alors est-ce que notre question n'est pas résolue!

Qu'importe que je défère d'abord le serment dans des conclusions subsidiaires posées à la suite de mes conclusions principales, ou que je le défère, postérieurement, dans des conclusions nouvelles!

C'est pourquoi, en effet, nous estimons qu'aucune distinction de ce genre ne doit être faite. (Comp. Nîmes, 24 mars 1852, Balazuc, Dev., 1852, II, 327; Bastia, 12 avril 1864, Paoli, Dev., 1864, II, 189; Marcadé, art. 1360, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 352-353; Larombière, t. V, art. 1360, n° 6.

622. — Du reste, ce qui doit paraître, suivant nous, incontestable, dans tous les systèmes, c'est que le serment conserve son caractère décisoire, lors même qu'il serait déféré par des conclusions subsidiaires, dans le cas où la partie, qui le défère, aurait d'abord, par ses conclusions principales, proposé, sans succès, soit un défaut de qualité, soit toute autre fin de non-recevoir. (Comp. la citation *supra*, n° 621.)

B

QUEL EST L'EFFET DU SERMENT DÉCISOIRE DÉFÉRÉ; — RÉFÉRÉ; REFUSÉ; — OU PRÊTÉ.

SOMMAIRE.

623. — Celui, auquel le serment décisoire est déféré, peut prendre l'un de ces trois partis : le référer; — le refuser; — le prêter.

624. — *a.* — Et d'abord, celui auquel le serment est déféré, peut le référer à son adversaire.

625. — Suite.

626. — Suite.

627. — Suite.

628. — *b.* — Celui, auquel le serment a été déféré ou référé, et qui refuse de le prêter, doit succomber dans sa demande ou dans son exception.

629. — Celui, auquel le serment est déféré ou référé, pourrait-il répondre qu'il ne veut ni le référer, ni le prêter, et qu'il entend devoir le succès de sa cause, non point à un serment, dont on pourrait suspecter la sincérité, mais aux preuves décisives, qu'il offre de fournir son dro it?

630. — A quelles personnes le refus du serment peut-il profiter; — Et à quelles personnes peut-il nuire, lorsqu'il y a, en effet, plusieurs personnes au procès, soit en demandant, soit en défendant?
631. — *c*. — Le troisième parti que peut prendre celui auquel le serment est déféré ou référé, c'est de déclarer qu'il accepte de le prêter. — Explication.
632. — La partie, qui a déféré ou référé le serment, ne peut plus se rétracter, lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire le serment. — La loi n'a soumis à aucune forme particulière la rétractation, qu'elle peut faire, tant que son adversaire n'a pas déclaré accepter la délation.
633. — Quel est l'effet de la rétractation?
634. — Celui, qui, après avoir déféré le serment à son adversaire, a déclaré se rétracter, avant que celui-ci eût accepté de le prêter, peut-il ensuite le lui déférer de nouveau?
635. — Suite.
636. — Suite.
637. — Suite.
638. — Suite.
639. — Après la délation du serment par l'une des parties et l'acceptation de le prêter par l'autre, celle-ci meurt ou devient incapable de le prêter? — Le serment doit-il, en cas pareil, être considéré comme refusé — ou comme prêté?
640. — Suite.
641. — Suite.
642. — Suite.
643. — Suite.
644. — Suite.
645. — Reste à examiner : *a*. — Par qui la prestation du serment doit être faite; — *b*. — en quels termes; — *c*. — En quelle forme.
646. — *a*. — Par qui la prestation doit-elle être faite?
647. — *b*. — En quels termes le serment doit-il être prêté? — Importance de cette question.
648. — Suite.
649. — Du cas où la partie, à laquelle le serment a été déféré ou référé, se borne à jurer qu'elle n'a pas conservé le souvenir du fait sur lequel elle est appelée à le prêter.
650. — Suite.
651. — Suite.
652. — Suite.
653. — *c*. — En quelle forme le serment doit-il être prêté?
654. — Suite.
655. — Suite.
656. — Suite.
657. — Suite.
658. — *d*. — Quel est l'effet du serment prêté. — Explication.
659. — Suite.
660. — Suite.
661. — La partie, qui a déféré ou référé le serment, peut-elle en prouver la fausseté, en intervenant, sur la poursuite intentée pour

623. — L'article 1361 est ainsi conçu :

« Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou « ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'ad- « versaire, à qui il a été déféré et qui le refuse, doit suc- « comber dans sa demande ou dans son exception. »

Ainsi, celui auquel le serment est déféré, peut prendre l'un de ces trois partis :

a. — Le référer;

b. — Le refuser;

c. — Le prêter.

Il n'est pas sans intérêt de rappeler que cette organisation du serment décisoire a toujours été la même, soit en Droit romain, soit dans notre ancien Droit français. (Comp. l. 34. ff. *de Jurejurando;* Pothier, n° 216.)

C'est qu'elle est, en effet, tout à fait logique et raisonnable.

624. — *a.* — Et d'abord, quoi de plus conforme à la logique et à la raison que d'autoriser celui, auquel le serment est déféré, à le référer à son adversaire!

« ....*Cum non deberet displicere conditio jurisjurandi ei qui detulit....* » disait Ulpien. (*Loc. supra cit.*)

La partie, qui a déféré le serment, ne serait-elle pas mal venue à se plaindre de ce que son adversaire la place dans la même situation où elle voulait le placer, en lui disant : *Jurez vous-même!*

Le législateur a sagement fait, en conséquence, d'accorder cette faculté de relation, qui peut être, pour les personnes chez lesquelles le serment décisoire soulèverait des scrupules de conscience, un moyen licite et honnête de répondre à la délation, qui leur est adressée.

625. — Aussi, celui, qui a déféré le serment à son adversaire, et auquel celui-ci le réfère, ne peut pas lui-même le lui référer.

C'est ce que décide l'article 1361 :

« ... *L'adversaire, à qui il a été référé* ET QUI LE REFUSE, *doit succomber dans sa demande ou dans son exception.* »

Il faut bien qu'il en soit ainsi.

Sans quoi, quel serait le terme de toutes ces relations indéfiniment renvoyées de l'un à l'autre!

626. — Si précieuse que puisse paraître cette faculte de relation, nous avons toutefois constaté déjà qu'elle ne peut être exercée qu'autant que le serment référé a

aussi pour objet un fait personnel à la partie, à laquelle il est référé. (Art. 1362; *supra* n° 605.)

627. — Ce qu'il faut ajouter, c'est que le serment ne peut être référé que sur le même fait, et dans les mêmes termes où il a été déféré.

Voilà bien ce qu'implique, virtuellement, cette expression : *référer;* et que c'est, en effet, identiquement le même fait, qui a été l'objet de la *délation,* qui doit être, corrélativement, l'objet de la *relation :*

« .... *per omnia,* disait Ulpien, *referri jusjurandum quale defertur....* » (L. 34, § 8, ff, *de Jurejurando.*)

S'il n'y a pas, entre la délation et la relation, cette parfaite concordance, *non semper autem consonans est,* ajoutait Ulpien, ce ne serait plus une *relation;* ce serait une *délation,* c'est-à-dire un autre, un nouveau serment, que la partie, à laquelle son adversaire avait déféré le serment, lui déférerait elle-même.

Et cette différence est importante!

N'est-ce qu'une *relation?*

La partie, à laquelle elle est faite, ne peut pas référer le serment, qu'elle a déféré. (*Supra,* n° 625.)

Est-ce une *délation?*

La partie, à laquelle elle est faite, peut référer le serment.

Je demande, contre Paul, le payement d'une somme de 1,000 francs, que je prétends lui avoir prêtée;

Et n'ayant pas de preuve littérale, je lui défère le serment en ces termes :

« Reconnaissez-vous me devoir 1,000 francs pour cause de prêt? »

Si Paul me réfère le serment en ces termes :

« Reconnaissez-vous que je ne vous dois pas 1,000 francs pour cause de prêt? »

Ce sera une véritable relation; car le serment référé porte, d'une manière adéquate, sur le même fait que le serment déféré; — sur le même fait, bien entendu,

retourné, en sens inverse, comme il le faut bien, d'après les allégations contradictoires des parties; mais la preuve, qui résultera du serment, sera, en effet, adéquate au fait avancé soit par la partie qui l'a déféré, soit par la partie qui l'a référé.

Supposons, au contraire, que Paul déclare qu'il me *réfère* le serment en ces termes :

« Reconnaissez-vous que je vous ai remboursé la somme de 1,000 francs, que vous m'avez prêtée? »

Ou reconnaissez-vous « que vous m'en avez fait remise? »

Ce sera la délation d'un serment différent du serment que je lui ai déféré; un serment nouveau, portant sur un autre fait.

628. — *b.* — Celui, auquel le serment a été déféré, ne le réfère pas à son adversaire.

Et il refuse de le prêter.

Ou celui, qui l'a déféré, et auquel il a été référé, refuse lui-même.

Paul répondait :

« *Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.* » (L. 33, ff. *de Jurejurando.*)

C'est un aveu manifeste! et c'est de plus une honte!

Aussi, l'article 1361 dispose-t-il en termes absolus :

« .... *qu'il doit succomber dans sa demande ou dans son exception.* »

Le voilà, en effet, condamné par sa propre sentence; car c'était lui-même qui avait été constitué juge par son adversaire dans sa propre cause.

Et les magistrats, qui avaient été dessaisis par la délation du serment, n'ont plus qu'à en constater le résultat.

C'est par l'effet d'une transaction consommée désor-

mais d'une manière définitive, que le litige est terminé.

Je vous avais déféré ou référé le serment sur le point de savoir si ma demande ou mon exception était fondée, m'en rapportant à vous, sous la condition que vous prêteriez ce serment.

Vous refusez de le prêter.

La condition, à laquelle j'avais subordonné le succès de ma cause, est accomplie.

Ma cause est donc, en effet, irrévocablement gagnée.

629. — Celui auquel le serment est déféré, pourrait-il répondre qu'il ne veut ni le référer ni le prêter, et qu'il entend devoir le succès de sa cause, non point à un serment, dont on pourrait suspecter la sincérité, mais aux preuves décisives, qu'il offre de fournir de son droit?

C'était la pensée, que Quintilien exprimait :

« .... *se probare malle quæ affirmet, quam dubium cuiquam relinquere an pejeraverit...* » (*Inst. orat.*, lib. V, cap. VI.)

Le Code de procédure d'Autriche autorise, en effet, dans ce cas, la partie à faire la preuve directe de son droit, *pro exonerandâ conscientiâ,* mais sous cette condition que, si elle ne réussit pas à faire cette preuve, elle perd le droit de référer le serment ou de le prêter. (§ 266.)

Notre législateur, dit Bonnier, n'est point entré dans ces distinctions délicates (N° 427).

Assurément non!

L'article 1368 est, au contraire, fort explicite :

« Celui, auquel le serment est déféré, qui le refuse ou « ne consent pas à le référer à son adversaire, ... *doit « succomber dans sa demande et dans son exception.* »

Et puis, d'ailleurs, à quoi bon offrir toutes vos preuves, si décisives que vous les annonciez!

Puisque, même dans ce cas, votre adversaire aurait toujours le droit de vous déférer le serment; d'autant plus

même qu'il paraîtrait plus accablé par l'évidence de votre démonstration! (Comp. *Supra* n° 615, Larombière, t. V, art. 1363, n° 6.)

630. — A quelles personnes le refus de serment peut-il profiter ?

Et à quelles personnes peut-il nuire?

Lorsqu'il y a, en effet, plusieurs personnes au procès, soit en demandant, soit en défendant?

a. — Régulièrement, le refus de serment ne profite qu'à la partie, qui l'a déféré, et à ses héritiers ou ayants cause. (Arg. des art. 1122, 1165.)

Et toutefois, le refus par le débiteur de prêter le serment, qui lui est déféré par l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers;

De même que, réciproquement, le refus par le créancier de prêter le serment, qui lui est déféré par l'un des débiteurs solidaires, profite aux autres débiteurs. (Arg. de l'article 1365, 1er alinéa.)

b. — Le serment ayant été déféré ou référé à plusieurs personnes, l'une d'elles refuse de le prêter?

Son refus ne pourra pas nuire aux autres, ni les priver du bénéfice du jugement, qui en a ordonné la prestation. (Comp. Colmar, 5 mai 1819, Sirey, 1820, II, 213, Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 354-355; Larombière, t. V, art. 1351, n° 4.)

631. — *c.* — Enfin, le dernier parti, que peut prendre celui auquel le serment est déféré ou référé, c'est de déclarer qu'il accepte de le prêter.

L'article 1364 est ainsi conçu :

« La partie, qui a déféré ou référé le serment, ne peut « plus se rétracter, lorsque l'adversaire a déclaré qu'il « est prêt à faire ce serment. »

Elle ne peut se rétracter *après* cette déclaration de l'autre partie;

D'où il suit qu'elle peut, au contraire, se rétracter *avant*.

Et cela est conforme aux principes.

La délation du serment constitue l'offre d'un contrat de transaction ;

Or, les contrats ne se forment que par le concours des volontés des deux parties ;

Donc, la délation, tant qu'elle n'a pas été acceptée, n'est qu'une simple pollicitation, *solius offerentis*, qui n'a créé encore aucun droit, et qui peut être retirée par la même volonté, qui seule l'a offerte.

Les juges, en effet, ne pourraient pas enlever à la partie cette faculté de rétractation, tant qu'il ne serait pas constaté que l'autre partie a déclaré être prête à faire le serment.

Un jugement a donné acte de la délation du serment, et fixé un jour pour sa prestation!

En résulte-t-il que la partie, à laquelle il a été déféré ou référé, a déclaré qu'elle acceptait de le prêter?

Non sans doute. (Comp. Paris, 25 mars 1854, Micard, Dev., 1855, II, 142.)

632. — Quant à la rétractation, elle n'a été soumise par la loi, à aucune forme particulière.

Elle peut donc être expresse ou tacite :

Expresse, comme si elle est faite contradictoirement à l'audience ; auquel cas il ne nous paraît pas nécessaire que le juge en donne acte ; — ou si elle est faite hors de l'audience, par une déclaration extrajudiciaire ; auquel cas, nous pensons qu'elle doit être notifiée à la partie à laquelle le serment a été déféré ;

Tacite, comme si la partie, qui a déféré ou référé le serment, interjette appel du jugement, qui en contient la délation. (Comp. Montpellier, 22 avril 1833, Dev., 1833, II, 240 ; Cass., 3 mai 1876, Abadye, Dev., 1876, I, 216 ; Duranton, t. XIII, n° 597 ; Larombière, t. V, art. 1364, nr 4.)

633. — Quel est l'effet de la rétractation ?

Il faut distinguer :

La rétractation émane-t-elle de celui qui avait *déféré* le serment ?

Il ne reste rien ; et l'autre partie, à laquelle le serment avait été déféré, peut, à son tour, le déférer à l'adversaire, qui s'est rétracté.

La rétractation émane-t-elle de celui, qui avait *référé* le serment ?

Nous pensons que la délation, qui lui avait été faite, subsiste, et qu'il peut, en conséquence, prêter le serment, qui lui a été déféré.

634. — Mais celui, qui, après avoir déféré le serment à son adversaire, a déclaré se rétracter, avant que celui-ci ait accepté de le prêter, peut-il ensuite le lui déférer de nouveau ; de sorte que son adversaire soit tenu, cette fois encore, ou de le lui référer, ou de le prêter ?

Notre avis est qu'il faut répondre négativement :

1° Et d'abord, telle a été, de tout temps, la doctrine ancienne, soit en Droit romain, soit dans notre ancien Droit français.

La loi du 11, au Code, *de Rebus creditis et jurejurando*, est, sur ce point. très-explicite :

« *Satis enim absurdum est redire ad hoc cui renuntiandum putavit ; et cum desperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare ; et judices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes.* »

Pothier n'est pas moins formel. (N° 916.)

2° Toullier, toutefois, qui enseigne la doctrine contraire, objecte qu'on ne trouve point de pareille disposition dans notre Code, dont l'esprit est de donner la plus grande latitude au serment décisoire, le plus grand moyen, dit-il, de terminer les procès. (T. VI, n° 367 ; ajout. Carré et Chauveau, *Quest.*, 508.)

Mais on peut répondre que le motif sur lequel l'ancienne solution est fondée, est tel, qu'il n'était pas nécessaire de la consacrer par un texte.

Quel est ce motif ?

C'est que la rétractation de la part de celui, qui a déféré ou référé le serment, implique sa renonciation à la faculté de le déférer ou de le référer encore... *cui renuntiandum putavit;* or, cette renonciation, qu'il est en effet, très-naturel de présumer, n'ayant rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, doit, en conséquence, pouvoir lui être opposée par son adversaire;

D'autant plus que celui-ci ne saurait être équitablement laissé à la merci de ces retours et de ces tergiversations, qui peuvent même présenter un caractère offensant pour lui.

3° Ajoutons que notre texte ne résiste pas à cette conclusion ; car en accordant à chacune des parties le droit de déférer ou de référer le serment à son adversaire, il semble lui-même ne le lui accorder que pour une fois ; de sorte qu'il n'y a rien d'excessif à en induire que cette faculté, une fois exercée en effet, s'épuise et s'éteint dans cet exercice. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 597 ; Larombière, t. V, art. 1364, n° 3).

655. — Pourtant, si l'autre partie, à laquelle le serment est de nouveau déféré ou référé après la rétractation, acceptait de le prêter, nous croyons que rien n'y ferait obstacle.

La transaction offerte par la délation du serment, qui n'aurait pas pu être forcée, après la rétractation, peut toujours être volontaire, dès que l'autre partie consent à ne pas opposer à son adversaire la renonciation, qui résultait de sa rétractation.

656. — Il faut ajouter que la solution, que nous venons de présenter, n'est applicable que dans le cas où le serment, qui est de nouveau déféré ou référé après la rétractation, est le même que celui, qui a été d'abord déféré ou référé, c'est-à-dire dans le cas où il porte sur le même fait, accompagné des mêmes circonstances.

La solution ne devrait plus être, en effet, la même dans

le cas où le second serment, déféré ou référé après la première délation, porterait sur un fait nouveau et différent, ou sur le même fait, mais accompagné de circonstances nouvelles et différentes.

Et si l'autre partie opposait à cette nouvelle délation la rétractation de la première, il y aurait à lui répondre què la rétractation, qui s'appliquait à la première, ne s'applique pas à la seconde.

La renonciation ne saurait donc être étendue de l'une à l'autre.

637. — Si la délation du serment peut toujours être rétractée *avant* que la partie à laquelle elle a été faite, l'ait acceptée, elle ne peut, au contraire, jamais l'être *après* que cette partie l'a acceptée. (*Supra* n^{c} 631.)

C'est que, dans ce cas, le contrat de transaction s'est formé, sous la condition seulement que le serment sera prêté.

Ce contrat oblige, en conséquence, dès ce moment, chacune des parties.

Et il ne saurait appartenir à l'une d'elles de s'en délier sans le consentement de l'autre (art. 1134);

638. — A moins pourtant que le serment n'ait été déféré par suite d'un dol de la partie adverse, ou d'un fait de violence. (Art. 1116, 2053.)

639. — Hors ce cas, le contrat est irrévocable, sous la seule condition que le serment sera prêté.

Mais voici ce qui arrive :

Après la délation du serment par l'une des parties, et l'acceptation de le prêter par l'autre, celle-ci meurt ou devient incapable de le prêter.

En une telle occurrence, le serment doit-il être considéré comme refusé ? — ou comme prêté ?

Comme refusé ?

C'est bien impossible, puisque la partie, au contraire, avait accepté de le prêter, et que si elle ne l'a pas prêté effectivement, c'est par un cas de force majeure, qui ne

lui est pas imputable. (Comp. Limoges, 12 mars 1839, Suidiraux, Dev., 1840, II, 24.)

640. — Comme prêté ?

Pas davantage, suivant nous.

Il faut, toutefois, que nous ajoutions que cette seconde solution n'est pas admise aussi unanimement que la première, et que, dans l'ancien Droit, comme aussi dans le Droit nouveau, on a prétendu que le serment doit être considéré comme prêté, lorsque celui, auquel il avait été déféré, est mort ou devenu incapable après l'avoir accepté, sans avoir été mis en demeure de le prêter. (Comp. Lapeyrère, lettre *s*, p. 413; Boucheul, sur Poitou, art. 76, n° 14; Toullier, T. VI, n° 385; Boncenne, t. II, p. 514; Douai, 26 mai 1814, Sirey, 1815, II, 234; Aix, 13 août 1829, David-Vidal, D., 1830, II, 184.)

Mais nous n'hésitons pas à répondre que cette solution est contraire au texte même de la loi, non moins qu'au motif essentiel, sur lequel repose la garantie du serment décisoire :

1° Que portent, en effet, nos textes ?

Article 1363 : « Lorsque le serment déféré ou référé « *a été fait*, l'adversaire n'est point recevable à en prouver « la fausseté. »

Article. 1365 : « Le *serment fait* ne forme preuve... etc. »

Donc, ce n'est pas seulement au serment *promis*, que la loi attache la force probante.

C'est au serment *fait !* au serment *prêté !*

2° Et avec grande raison sans doute.

Car c'est dans la prestation même qu'est l'épreuve, et par suite aussi la garantie.

Ne peut-il pas arriver que la partie, qui, dans un premier mouvent d'amour-propre, a accepté de prêter le serment, hésite et se sente défaillir, au moment suprême où il faudra, en présence des magistrats, invoquer la justice de Dieu, et commettre un parjure ?

3° Ajoutons que toute condition apposée à un contrat doit être accomplie *in formâ specificâ*, ou, pour employer les expressions du texte même, *de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût*. (Art. 1175.)

Or, l'intention, la volonté des parties n'est certes pas ici douteuse! c'est bien de la prestation réelle du serment, qu'elles ont entendu faire dépendre l'accomplissement de la condition. (Comp. Caen, 20 janv. 1846, Dubois, Dev., 1846, II, 499; Bonnier, n° 425; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 355; Larombière, t. V, art. 1364, n° 7.)

641. — Ce qu'il faut donc conclure, c'est que le serment, dans ce cas, n'ayant été ni refusé, ni prêté, les parties se trouvent remises au même et semblable état que s'il n'avait jamais été déféré ou référé, et *qu'il y a lieu*, porte l'arrêt précité de la Cour de Caen, *de regarder cette délation comme non avenue et de juger l'affaire comme s'il n'en avait jamais été question* (*Supra*, n° 640).

642. — Paul est décédé, après avoir accepté de prêter le serment, qui lui a été déféré ou référé par Pierre, mais avant de l'avoir prêté.

Et s'il ne l'a pas prêté, c'est qu'il en a été empêché par Pierre lui-même, qui a retardé la prestation par toutes sortes de procédures de mauvaise foi et de chicanes.

Le serment, en cas pareil, peut-il être considéré comme prêté par Paul?

On a répondu affirmativement, par application de l'article 1178 :

« La condition est censée accomplie, lorsque c'est le « débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché « l'accomplissement. »

Cet argument paraît bien en forme; et nous croyons, en effet, qu'il ne serait pas impossible que les circonstances fussent telles, qu'il y eût lieu de déclarer que le serment sera censé prêté.

Et, toutefois, comme ce serait là une exception considérable à la règle, qui exige la prestation effective du serment, nous ajoutons, avec M. Larombière, qu'il faudrait qu'il fût bien établi que cette prestation a été empêchée par le fait de l'adversaire. (T. V, art. 1364, n° 7.)

643. — Renversons l'hypothèse.

C'est Paul lui-même cette fois, qui, après avoir accepté de prêter le serment, qui lui a été déféré ou référé par Pierre, se dérobe à la prestation.

Un jugement a fixé le jour où le serment sera prêté ; et Pierre l'a fait signifier à Paul, pour le mettre en demeure de le prêter, en effet, dans le délai et au jour fixé.

Mais Paul n'a pas comparu; et à l'audience, aucun avoué, en son nom, n'a justifié d'un motif quelconque d'empêchement légitime, ni sollicité une nouvelle remise de la cause.

Le serment, en cas pareil, peut-il être considéré comme refusé?

En droit, nous répondons affirmativement;

Sauf aux juges à apprécier, en fait, les circonstances.

Ajoutons, d'ailleurs, que la partie, qui, après avoir accepté la délation du serment à elle déféré, n'a pas comparu à l'audience pour le prêter, peut se faire relever, par la voie de l'opposition ou de l'appel, des conséquences du jugement qui aurait considéré sa contumace comme un refus de serment, en justifiant d'un motif légitime d'empêchement ;

De manière à être admise à prêter le serment, soit devant les premiers juges, soit en appel. (Comp. Trib. civ. de la Seine, 26 janv. 1878, Touffin, le *Droit* du 3 févr. 1878 ; Larombière, t. V, art. 1364, n° 7.)

644. — Ce qui est incontestable, c'est que le serment, quoique non prêté effectivement, n'en devrait pas moins être considéré comme prêté, si la partie, qui l'a déféré ou référé à son adversaire, déclarait le dispenser de la prestation :

« .... *vel cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit.* » disait Ulpien. (L. 9, § 1, ff. *de Jurejurando;* comp. Pothier, n° 916.)

645. — Mais écartons maintenant ces incidents pour arriver à la prestation même du serment :

a. — Par qui doit-elle être faite;

b. — En quels termes;

c. — En quelle forme.

646. — *a.* — D'après l'article 121 du Code de procédure :

« Le serment sera fait par la partie en personne, et à « l'audience.... »

C'est, en effet, un appel à la conscience de la partie elle-même!

Et il n'y a dès lors que la partie elle-même, qui puisse y répondre.

D'où il faut conclure :

1° Que le serment ne pourrait pas être prêté par un mandataire;

2° Qu'il ne pourrait pas être déféré ou référé à une partie en état d'absence déclarée ou même de simple présomption d'absence. (Comp. notre *Traité de l'Absence* n°s 36 et 117; Douai, 8 nov. 1831, Gautier, D., 1832, II, 26.; Duranton, t. XIII, n° 591; Larombière, t. V, art. 1357, n° 9.)

647. — *b.* — D'après l'article 120 du Code de procédure :

« Tout jugement, qui ordonnera un serment, énoncera « les faits sur lesquels il sera reçu. »

Les termes, dans lesquels sont possé les faits, qui doivent être l'objet de la délation, ont, en effet, une importance considérable.

Ils déterminent, ils précisent les termes mêmes dans lesquels la prestation devra être faite.

Car il faut qu'il y ait une concordance complète entre les uns et les autres, entre les termes de la délation

et les termes de la prestation, pour que le serment produise la force probante, que la loi y attache contre celui qui l'a déféré, et pour celui qui l'a prêté.

« Attendu, dit la Cour suprême, que pour que le serment produise les effets, que la loi y attache, il faut qu'il soit prêté dans les termes de la délation. » (8 juin 1863, Lacroix, Dev. 1863, n° 437.)

Aussi, est-il arrivé qu'une partie, qui, dans la prestation d'un serment décisoire, avait omis un des points, qui étaient compris dans la délation, et qui paraissait aux juges un point relevant, a été admise à prêter un nouveau serment pour réparer cette omission. (Comp. Turin, 7 août 1807, Consio, Sirey, 1807, II, 223.)

648. — Le principe, que nous entreprenons de bien poser, a été aussi consaré en termes remarquables par un arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 1852, dans une espèce où le serment deféré portait sur plusieurs faits :

« Attendu qu'il est constaté, en fait, par l'arrêt attaqué, que, sur la troisième question, le serment n'a pas été prêté dans les termes où il avait été déféré ; et que, dès lors, en refusant à ce serment ainsi reconnu incomplet le caractère décisoire, la Cour d'appel de Poitiers n'a aucunement violé les articles 1358, 1363 et 1365 du Code civil, mais en a fait, au contraire, une juste application ; — Attendu, d'autre part, que le dit arrêt, loin de diviser les réponses faites par Baillargeaux, demandeur, aux diverses questions, sur lesquelles le serment lui avait été déféré, a, au contraire, annulé le serment dans son ensemble, à raison de la contradiction reconnue exister, en fait, entre les réponses; d'où il résulte qu'il n'a pas violé non plus l'article 1356, relatif à l'indivisibilité de l'aveu judiciaire.... » (Baillargeaux, Dev., 1852, II, 393.)

On voit que cet arrêt consacre, en même temps, d'une manière implicite, le principe de l'indivisibilité du serment;

Principe incontestable en effet, en matière de serment comme en matière d'aveu. (Art. 1356.)

Le serment! mais c'est aussi un aveu.

« En matière civile, disaient les auteurs du nouveau Denizart, le serment est indivisible. » (v° Serment n° 21.)

649. — La prestation du serment doit donc être faite en termes précis, et renfermer une affirmation ou une dénégation formelle des faits, sur lesquels porte la délation.

« On ne saurait, dit très-bien M. Larombière, déférer le serment en termes trop clairs et trop précis. » (T. V, art. 1363, n° I.)

Mais supposons (ce qui arrive quelquefois), que la partie, à laquelle le serment a été déféré catégoriquement sur la réalité ou la fausseté d'un fait, au lieu de répondre aussi catégoriquement, se borne à jurer *qu'elle n'a pas conservé le souvenir de ce fait...*; *qu'elle n'en a pas connaissance...*, ou en d'autres termes semblables, aussi vagues.

Quel sera l'effet d'une telle prestation?

Devra-t-on considérer le serment comme prêté; de sorte qu'il profiterait à celui qui l'a prêté, et nuirait à celui qui l'a déféré?

Devra-t-on, au contraire, le considérer comme refusé; de sorte qu'il nuirait à celui qui l'a prêté, et profiterait à celui, qui l'a déféré?

Plusieurs décisions ont été rendues, en sens divers, sur cette question, qui peut paraître, en effet, délicate.

Nous croyons qu'il faut distinguer deux cas :

a. — D'abord, celui où il s'agit d'un serment déféré à une partie sur un fait, qui lui est personnel;

b. — Ensuite, celui où il s'agit d'un serment déféré à uue partie sur un fait qui ne lui est pas personnel, c'est-à-dire d'un simple serment de crédulité.

650. — *a.* — Voici un demandeur, qui ne pouvant pas produire une preuve littérale de la créance, qu'il prétend avoir contre le défendeur, par suite des relations

d'affaires qui ont existé entre eux, lui défère, sur l'existence de cette créance, le serment décisoire.

Et le défendeur prête le serment en ces termes :

« *Je ne m'en souviens pas; je ne puis dire ni oui ni non, ne me rappelant pas le fait, que mon adversaire affirme, et d'où serait née, contre moi, sa prétendue créance.* »

Un tel serment doit-il être considéré comme prêté?

Nous ne le pensons pas, malgré des décisions, qui ont été rendues en sens contraire. (Comp. Cass., 18 août 1830, Dev. 1830, I, 402; Besançon, 1er févr. 1856, Verbois, Dev. 1856, II, 95.)

C'est au demandeur, qu'était imposée l'obligation de faire la preuve de l'existence de la créance affirmée par lui.

Et dans l'impossibilité légale où il se trouvait de la faire, il défère le serment décisoire au défendeur.

Pourquoi? et à quelle fin?

Afin que celui-ci décide lui-même le litige, et pour que, à cette question, qu'il lui adresse :

« Reconnaissez-vous me devoir 1,000 fr.? »

Son adversaire réponde :

« Non, je ne le reconnais pas. »

Réponse, qui, dans les termes où le serment est déféré, devait terminer, en effet, définitivement le litige, et ne plus permettre au demandeur d'invoquer d'autre preuve.

Or, cette réponse n'a pas été faite!

Donc, la condition, sous laquelle le serment a été déféré, n'est pas accomplie.

Donc, le demandeur est recevable à invoquer d'autres preuves, s'il est en mesure d'en produire.

Voilà ce que la Cour de Besançon elle-même a décidé par un arrêt plus récent, et suivant nous, plus juridique que celui qu'elle a rendu le 1er février 1856; arrêt, contre lequel le pourvoi devant la Cour de cassation a été vainement entrepris. (Besançon 1er avril 1862, Lacroix; Cass.,

8 juin 1863, mêmes parties, Dev. 1863, I, 437.)

Nous ne saurions donc, nous rallier à la doctrine de M. Larombière, qui enseigne que :

« Cette réponse : *je ne m'en souviens pas*, équivaut à une prestation formelle, et que le serment est censé prêté...
« ... quel que soit même, dit-il, le doute, qui s'élève sur sa sincérité. » (T. V, art. 1363, n° 3.)

Non! ce n'est pas là un serment prêté, dans les termes où il a été déféré!

651. — Mais ce serment, qui ne doit pas, à notre avis, être considéré comme prêté, doit-il être, au contraire, considéré comme refusé?

Nous ne pensons pas, sur cette seconde question, que la réponse puisse être absolue, comme sur la première.

Et nous distinguons :

Oui, s'il est reconnu, en fait, qu'il équivaut, sous une forme déguisée, à un refus de serment;

Non, s'il est reconnu qu'il est l'expression de la vérité, et que c'est de bonne foi que celui, auquel le serment a été déféré, jure qu'il ne peut pas répondre catégoriquement, parce qu'il ne se rappelle pas exactement le fait, sur lequel porte la délation.

Cette seconde alternative pourra souvent paraître peu vraisemblable, puisque le serment, nous le supposons, est déféré à la partie sur un fait, qui lui est personnel. (Comp. Bruxelles, 22 févr. 1819, *J. du P.* T. XV, p. 110; Poitiers, 15 mai 1850, Baillargeaux, Dev. 1852, I, 393 394.)

Mais pourtant il ne serait pas impossible que cette réponse fût faite loyalement; comme s'il s'agissait de relations anciennes, résultant, par exemple, d'un compte courant.

Et dans ce cas, en effet, un tel serment, qui ne profiterait pas à celui, qui l'aurait fait, ne devrait pas non plus lui nuire.

Les choses demeureraient donc entières de part et d'autre.

(Comp. Bonnier, n° 412; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, § 608, note 27.)

652. — *b.* — La question devient tout autre, et d'une solution plus facile, lorsqu'on la pose sur un simple serment de crédulité.

Il est clair, en effet, que la délation se bornant alors à demander si le fait, qu'elle a pour objet, est à la connaissance de celui, auquel elle s'adresse, celui-ci fait une prestation exactement correspondante, en déclarant que ce fait n'est pas à sa connaissance ou qu'il n'en a conservé aucun souvenir.

653. — *c.* — Quant à la forme du serment, elle est très-simple. (*Supra* n° 645.)

« Attendu, dit la Cour suprême, que le serment consiste uniquement dans le mot : *Je jure*, qu'on est tenu de prononcer, en levant la main. » (3 mars 1846, Cerf, Dev. 1846, I, 193.)

Voilà, en effet, la forme du serment, telle qu'elle est consacrée dans notre nouvelle législation civile, plutôt par la tradition et la pratique générale, que par des textes ; car elle n'a été réglée ni par le Code Napoléon, ni par le Code de procédure (Comp. *Code d'instruction criminelle*, art. 312).

Il faut ajouter que cette forme, d'ailleurs, n'a rien de rigoureusement sacramentel, et qu'il ne serait pas impossible qu'elle fût remplacée par des équivalents.

C'est ainsi que M. Larombière remarque que celui qui est privé du bras droit ne saurait être déclaré incapable légalement, de prêter serment, bien que son serment ne soit pas assorti du geste ordinaire (T. V, art. 1257, n° 8).

Aucune incapacité légale n'existant non plus contre le muet, il faudrait l'admettre à prêter serment, s'il était en état de comprendre le caractère de cet acte, et d'exprimer la formule : *je jure*, d'une manière quelconque, soit en l'écrivant, soit par un interprète. (Comp.

notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 24-25.)

Il en serait de même, et les juges auraient aussi à recourir à un interprète, si celui, qui doit jurer, ne comprenait pas la langue, dans laquelle le serment est déféré.

654. — Deux questions graves ont été agitées sur cette forme du serment, à savoir :

a. — Si celui, qui professe une religion, d'après laquelle le serment est soumis à une forme particulière, doit être admis à prêter serment suivant la forme commune, lorqu'il y consent et qu'il ne demande pas à le prêter d'après la forme particulière de sa religion ;

b. — S'il doit être admis à le prêter suivant la forme particulière de sa religion, lorsqu il le demande.

Notre dessein ne saurait être de fournir, à cette place, les développements, dont cette thèse serait susceptible, au point de vue philosophique et religieux.

Nous nous bornerons à résumer, à notre point de vue de la science juridique et pratique, l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine, en l'approuvant d'ailleurs complétement.

655. — *a.* La première question a été surtout débattue, en ce qui concerne les juifs.

Dans la jurisprudence, comme dans la doctrine, un parti considérable a soutenu qu'ils peuvent être contraints de prêter le serment *more judaico*, c'est-à-dire dans la synagogue, en présence du Rabbin, la main appuyée sur *le thora;* et cela, lors même qu'ils ne le demandent pas et qu'ils offrent de prêter serment suivant la forme commune de tous les Français. (Comp. Nancy, 16 juillet 1808, Sirey, 1809, II, 237; Cass., 12 juillet 1810, Sirey, 1810, I, 329; Colmar, 5 mai 1815, Sirey, 1816, II, 55; Colmar, 18 juin 1828, Sirey, 1828, II, 131; Pau, 11 mai 1830, Dev., 1831, II, 131; Colmar, 12 mai 1841, Speisser, Dev., 1842, II, 493; Alger, 18 juin

1845, Sadia-Chich-Parcifico, Dev., 1846, II, 138; Duranton, t. XIII, nº 593.)

Telle avait été d'abord la solution de Merlin, qui toutefois s'en est plus tard départi. (Comp. *Répert*, vº *Serment*, § 5, nº 2, et *Quest. de Droit*, vº *Serment*, § 1 et 2.)

Et avec grande raison, suivant nous !

Aussi, la jurisprudence récente a-t-elle décidé que toute partie, à laquelle le serment est déféré, doit être admise, quelle que soit sa croyance religieuse, à le prêter suivant la forme commune, lorsqu'elle ne demande pas à le prêter suivant la forme particulière de sa religion :

1º Parce que telle est la conséquence nécessaire du principe de notre Droit public moderne : la liberté de conscience, la liberté de religion ! d'où il suit que ni l'autre partie, ni le juge n'ont le droit de demander à la partie, qui se dispose à prêter serment suivant la forme commune à tous les Français, quelle est la religion, qu'elle professe. (Comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, nº 31.);

2º Parce que si le serment est, quant au fond, un acte religieux, il est, quant à la forme, un acte civil.

C'est ce qu'exprimait très-bien Barbeyrac :

« Quoique le serment, considéré en lui-même, soit un acte religieux, la vérité est que, dans le commerce de la vie, il ne doit être regardé que comme un acte civil. C'est une sûreté qu'on exige, et dont la force dépend de l'impression que fait sur l'esprit des hommes, la crainte d'une Divinité. » (Sur *Puffendorf*, liv. IV, chap. II, § 4, note 2.)

Nous empruntons cette citation aux remarquables conclusions de M. Delangle, à l'audience de la Cour de cassation du 3 mars 1846, dans laquelle cette doctrine fut consacrée. (Cerf, Dev., 1846, I, 193; sur le renvoi, après cassation, Besançon, 15 janv. 1847, Cerf, Dev., 1847, II, 142; comp. Turin, 22 févr. 1809, Sirey, 1809, II, 328; Nîmes, 10 janv. 1827, Sirey, 1827, II, 58 ; Nîmes, 7 juin 1827,

Sirey, 1828, II, 19; Aix, 13 août 1829, Sirey, 1829, II, 286; Cass., 18 nov. 1847, Fabre, Dev., 1847, I, 175; Cass., 16 juin 1869, Zaffran, Dev., 1869, I, 377; Marcadé, art. 1357, n° 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 347; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 530; Larombière, t. V, art. 1357, n° 11; Charles Carpentier, *Etude de Legislations comparées, du Droit du Serment*, p 66 et suiv.)

656. — *b*. Sur la seconde question : de savoir si celui qui professe une religion d'après laquelle le serment est soumis à une forme particulière, doit être admis à le prêter suivant cette forme, lorsqu'il le demande, l'affirmative est généralement admise.

C'est ainsi que les anabaptistes et les quakers ne sauraient être astreints à jurer suivant la forme ordinaire, et qu'on ne peut exiger d'eux qu'une affirmation conforme à leurs croyances religieuses.

Ce qu'il faut d'autant plus admettre, sur la question du serment *more judaico*, que le consistoire central israélite a décidé, en 1816, et que les grands Rabbins ont répété, en 1844, que la simple déclaration : *je le jure*, lie complétement le Juif. (Comp. Cass., 3 mars 1846, Cerf, Dev., 1846, I, 193; Larombière, t. V, art. 1357, n° 10.)

657. — S'il se trouvait une partie, qui déclarât professer l'athéisme, ou même une prétendue religion non reconnue par l'Etat, nous n'hésitons pas à répondre :

1° Qu'elle ne devrait pas être autorisée à prêter le serment sous une autre forme que celle du Droit commun, lors même qu'elle demanderait à le prêter dans la forme, dirait elle, particulière à sa religion;

2° Qu'encore moins l'autre partie serait autorisée à exiger qu'elle prêtât le serment suivant une autre forme que celle du Droit commun.

Il y aurait là, purement et simplement, un refus de serment, si la partie ne consentait pas, en effet, à le prêter suivant la forme ordinaire.

Et, en conséquence, aux termes de l'article 1361, elle devrait succomber dans sa demande ou dans son exception. (Comp. Bonnier, n° 421; Migneret, *Revue critique de Législation*, nouv. série, t. I, p. 668, 1871-1872.)

658. — *d*. Il nous reste à exposer quel est l'effet du serment prêté.

L'article 1363 est ainsi conçu :

« Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'ad-« versaire n'est point recevable à en prouver la fausseté. »

La prestation du serment réalise l'accomplissement de la condition, sous laquelle le contrat de transaction a été formé entre les parties.

Ce contrat est donc devenu, par l'effet de la condition accomplie, définitif et irrévocable.

Et il leur tient, en conséquence, lieu de loi, suivant le Droit commun (art. 1134).

659. — Quelle était, en effet, cette condition? — Et en quoi consistait-elle?

Etait-ce que le serment prêté serait nécessairement l'expression de la vérité; de sorte que celui qui l'a déféré ou référé, se serait réservé de prouver qu'il n'était, au contraire, qu'un parjure?

Evidemment non!

La condition consistait uniquement dans le fait même de la prestation; la partie qui l'a déféré ou déféré, déclarant virtuellement, par avance, à son adversaire qu'elle s'en remettait à sa conscience, sans appel et sans retour, pour en faire dépendre la décision du procès.

Or, le serment a été prêté;

Donc, la condition a été accomplie de la manière que les parties ont voulu et entendu qu'elle le fût (art. 1175).

Voilà ce que Justinien exprimait très-bien :

Après le serment prêté, disait-il :

« *Non illud quæritur an pecunia debeatur, sed an juraverit.* » (*Instit.*, *de Act.*, § 2.)

Et Ulpien, de même :

« *Dato jurejurando, non aliud quæritur quam anjuratum sit, remissa quæstione an debeatur.* » (L. 5, § 2, ff. *de Jurejurando.*)

C'est bien pourquoi aussi, les jurisconsultes romains assimilaient la force du serment à la force de la chose jugée :

« *Jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet.* » (L. 1, ff. *Quar. rer. act. non datur.*)

Bien plus même encore !

« ... *Majorem habet auctoritatem quam res judicata.* » (L. 2, ff. *De jurejurando.*)

C'est que, en effet, la force probante du serment procède de la volonté même de la partie, qui l'a déféré ou référé, de sa volonté directe et libre de s'en remettre à la foi de son adversaire pour vider irrévocablement le litige, qui les divise.

Or, lorsqu'il y a chose jugée, la partie, qui a succombé, doit s'incliner, sans qu'elle puisse discuter le *bien* ou le *mal* jugé de la décision, qui a prononcé contre elle.

660. — Aussi, aucune discussion de ce genre, en effet, ne saurait être entreprise ni directement ni indirectement, contre la force du serment une fois prêté.

En vain, la partie, qui l'a déféré ou référé, viendrait-elle invoquer des preuves de son droit, qu'elle présenterait comme décisives; des preuves, soit antérieures soit postérieures, à la prestation.

J'ai découvert, dit-elle, des actes écrits, dont j'ignorais l'existence, lorsque j'ai deféré ou référé le serment : le titre de ma créance, ou le titre de ma libération, mon billet ou ma quittance.

Il est trop tard !

Sauf toutefois le cas où ces pièces auraient été retenues par la partie adverse. (Comp. *infra*, n° 665.)

Ou bien encore, je demande à prouver que depuis

le serment par lui prêté, mon adversaire a reconnu qu'il a fait un faux serment.

Elle n'y serait pas non plus recevable.

Toutes ces allégations échoueraient devant la force que les articles 1350 et 1352 attachent au serment, en vertu d'une présomption légale, qui n'admet pas la preuve contraire.

661. — Il en serait ainsi, dans le cas même où la partie, qui a déféré ou référé le serment, prétendrait en prouver la fausseté, en intervenant sur la poursuite intentée, pour faux serment, par le ministère public, contre la partie, qui l'a prêté.

Aux termes de l'article 366 du Code pénal, modifié par la loi du 13 mai 1863 :

« Celui, à qui le serment aura été déféré ou référé en « matière civile, et qui aura fait un faux serment, sera « puni d'un emprisonnement d'une année au moins et de « cinq ans au plus et d'une amende de cent francs à trois « mille francs.

« Il pourra, en outre, être privé des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où il aura subi sa peine, et être placé sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années. »

Eh bien! donc, le ministère public exerçant la poursuite devant le tribunal de justice répressive, celui, qui a déféré le serment, intervient, comme partie civile, pour demander des dommages-intérêts contre le parjure.

Nous maintenons qu'il n'y est pas recevable.

La doctrine contraire a été toutefois enseignée ; et elle s'est, dans plus d'une affaire, produite aussi en justice :

Aux termes de l'article 1er, second alinéa, du Code d'instruction criminelle, a-t-on-dit :

« L'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit, ou par une contravention, peut être exercée par tous ceux, qui ont souffert de ce dommage. »

Et, aux termes de l'article 3, premier alinéa :

« L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. »

Or, d'une part, aux termes de l'article 1382 du Code Napoléon :

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer; »

D'autre part, le faux serment prêté par celui à qui il a été déféré ou référé, a causé un dommage : la perte de son procès, à celui qui l'avait déféré ou référé;

Donc, celui-ci peut intervenir, comme partie civile, dans la poursuite criminelle, afin de conclure à des dommages-intérêts, lorsque la preuve du parjure sera acquise par la décision du tribunal de justice répressive. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 600.)

662. — Mais les arguments abondent pour la réfutation de cette théorie :

1° Et d'abord, les travaux préparatoires du Code pénal, sur l'article 1366, ne nous paraissent laisser, à cet égard, aucun doute sur la volonté du législateur :

« Cette disposition, dit l'*Exposé des motifs au Corps législatif*, ne saurait détruire ou changer l'article 1363 du Code Napoléon, qui porte que, lorsque le serment déféré ou référé aura été fait, l'adversaire n'est pas recevable à en prouver la fausseté. Tel n'est pas et ne saurait être le but et le sens de la disposition, qui vous est proposée ; elle n'ouvre aucune nouvelle action au condamné ; le Code Napoléon a irrévocablement réglé tout ce qui était relatif aux intérêts privés et à la partie civile; c'est le ministère public, qui pourra, dans le seul intérêt de la société, poursuivre le parjure. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XXX, p. 400, et 532 533.)

On ne saurait être plus explicite!

2° Aussi, l'article 1363 du Code Napoléon est-il, en effet, absolu.

Il ne distingue pas devant quelle juridiction se présente, pour demander à prouver la fausseté du serment prêté, celui qui l'a déféré ou référé.

D'où il suit que devant le tribunal de justice répressive aussi bien que devant le tribunal civil, la fin de non-recevoir, que l'article 1363 prononce contre cette demande, est également insurmontable.

3° Et cette disposition est très-logique.

Le savant auteur, qui professe la doctrine contraire, s'est, en effet, suivant nous, tout à fait mépris, en avançant que c'est le faux serment, qui est la cause du dommage, que la partie, qui a déféré ou référé le serment, a éprouvé.

Mais vraiment non !

La cause de ce dommage ! elle est dans la délation ou dans la relation elle-même, par laquelle cette partie a volontairement déclaré s'en remettre à la foi de son adversaire. Ainsi que nous venons de le dire, c'est d'une manière absolue, qu'elle s'est, en déférant ou en référant le serment, engagée à s'y soumettre.

Et, par conséquent, c'est à elle-même, qu'elle doit imputer le résultat, quel qu'il soit, qui en est advenu; car le dommage, qu'elle éprouve, a pour cause directe et prochaine l'imprudence qu'elle a commise, en s'en rapportant à un adversaire, qu'elle accuse maintenant de s'être parjuré.

Il faut bien d'ailleurs, qu'il en soit ainsi. Autrement, rien ne serait fini, après la prestation du serment.

Est-ce que, en effet, la preuve de la fausseté du serment prêté suffirait pour établir le bien fondé de la demande ou de l'exception de celui, qui l'a déféré ?

Évidemment non.

Et, par conséquent, il faudrait recommencer tout le débat originaire pour reconnaître l'existence du dommage causé par le serment !

4° Nous voulons ajouter encore un dernier argument, qui n'est pas le moins péremptoire :

Si, aux termes du premier alinéa de l'article 3 du Code d'instruction criminelle, que la doctrine contraire invoque :

« L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique »;

Aux termes du second alinéa de ce même article :

« Elle peut aussi l'être séparément...; »

Ce qui prouve que l'action civile, quoiqu'elle puisse devenir l'accessoire de l'action publique, n'en a pas moins une existence propre et indépendante ; et que lorsqu'elle existe en effet, elle doit pouvoir être poursuivie également, soit devant les tribunaux de justice répressive, soit devant le tribunaux civils, sauf seulement, dans ce dernier cas, à en suspendre l'exercice, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique. (Art. 3 précité.)

Or, tout au contraire, il résulte de l'article 1363 du Code Napoléon, que la partie, qui a déféré ou référé le serment, ne peut pas exercer devant les tribunaux civils, une action en dommages-intérêts fondée sur la fausseté du serment prêté par son adversaire.

C'est donc, en effet, qu'elle n'a pas du tout d'action civile, pas plus devant le tribunal de justice répressive, que devant le tribunal civil.

Car, si elle avait une action devant l'une des juridictions, elle devrait l'avoir aussi devant l'autre.

D'où il suit qu'elle n'en a effectivement ni devant l'une ni devant l'autre.

La lui accorder devant le tribunal de justice répressive, et la lui refuser devant le tribunal civil, c'est aboutir à ce résultat étrange et, de tous points, inadmissible, que son droit dépendrait d'un hasard, suivant la juste remarque de M. Colmet de Santerre, c'est-à-dire qu'elle serait indemnisée, si le ministère public consentait à

exercer une poursuite, et qu'elle ne serait pas indemnisée, si le ministère public ne pensait pas qu'il y eût lieu d'agir. (t. V, n° 339 *bis*, III.)

Évidemment cela ne saurait être.

Et nous concluons, avec les jurisconsultes Pomponius et Paul :

« *Stare enim religioni debet* » — « *Nam sufficit parjurii pœna.* » (L. 21 et 22, ff. *de Dolo malo ;* comp. Cass., 21 août 1834, Dev., 1835, I, 119; Cass., 7 juillet 1843, Raymond, Dev., 1844, I, 36; Toullier, t. VI, n° 389; Marcadé, art. 1364, n° 3; Bonnier, n° 426; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, art. 1363, n° 7.)

663. — C'est par les mêmes motifs qu'il ne serait pas possible qu'une partie, qui aurait déféré ou référé le serment à son adversaire sur le contenu d'un acte authentique, s'inscrivît ensuite en faux contre cet acte, en supposant que l'inscription fût d'ailleurs admissible.

Que ferait-elle, par là, en effet, autre chose que de revenir indirectement, il est vrai, mais très certainement, contre la force probante du serment prêté! (Comp. Colmar, 25 avril 1827, Sirey, 1828, II, 170; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 356; Larombière, t. V, art. 1363, n° 7.)

664. — Si générale que soit la règle posée par l'article 1363, que nous venons d'expliquer, il n'en faut pas toutefois conclure que la partie, contre laquelle le jugement a été rendu en conséquence du serment prêté par son adversaire, à qui elle l'avait déféré ou référé, ne puisse, en aucun cas, le faire rétracter.

Il est, au contraire, certains cas dans lesquels ce droit lui appartiendrait incontestablement;

Comme, par exemple, dans le cas où elle n'aurait déféré ou référé le serment que par suite d'une violence, qui aurait été exercée sur elle.

Toute la théorie du serment décisoire repose sur une

convention, sur une transaction conditionnelle, qui se forme entre les parties (*supra*, n° 8[illegible]0);

Et, dès lors, cette convention est, comme les autres conventions en général, sujette à rescision, pour les vices, qui entachent le consentement des parties. L'article 2053 fait même l'application de ce principe au contrat de transaction.

Par le même motif donc que la délation, ainsi que nous l'avons vu, pourrait être rétractée pour cause de violence (*Supra*, n° 638);

La prestation aussi pourrait l'être.

665. — Et pour cause de dol?

Nous n'hésitons pas à faire la même réponse.

Cependant Taulier, après avoir reconnu « qu'il devrait être permis d'attaquer, par la voie de la requête civile, le jugement rendu sur la foi du serment, si celui, qui l'a prêté, était sous l'empire de la violence; »

S'exprime, au contraire, quant au dol, en ces termes :

« Mais je n'admets pas que le jugement puisse être attaqué dans les autres cas où la transaction serait nulle; par exemple, lorsque des pièces produites par celui, qui a triomphé, ont été ensuite reconnues fausses, ou *lorsque des titres, qui le condamnent, et cachés par lui*, ont été postérieurement découverts ; le serment est une transaction spéciale; c'est le jugement même de la partie, qui le prête, jugement d'un fripon peut-être, mais jugement accepté d'avance, quelles que soient les éventualités de l'avenir. » (T. IV, p. 675-576.)

Mais cette distinction nous paraît inadmissible.

Il est incontestable sans doute que le serment prêté ne saurait être attaqué *pour dol personnel*, comme dit l'article 480, 1°, du Code de procédure ; en tant que le dol allégué aurait été commis par le fait même de la prestation, et constituerait un parjure ; et c'est, en effet, pour cela, pour empêcher toute action tendant à prouver, sous ce rapport, la fausseté du serment, que l'article

1363 a été fait. (Comp. L. 15, ff. *De jurejurando.*)

Mais dans quels cas cet article est-il applicable? et quel est le serment, qu'il a en vue?

Il n'est applicable qu'au serment, qui a été valablement déféré et valablement fait; voilà ce que l'article suppose avant tout!

Or, ce que nous soutenons c'est que le serment, qui n'a été déféré et prêté que par suite de dol, n'a pas été valablement déféré ni prêté;

Donc, l'article 1363 ne lui est pas applicable.

Remarquons bien, en effet, qu'il ne s'agit pas ici d'un dol résultant de la prestation même, de la seule prestation du serment.

Le dol, dont il s'agit, a précédé cette prestation.

Et ce n'est pas le parjure, qu'on dénonce.

C'est un fait de dol, distinct de la prestation du serment.

Telle était la doctrine ancienne, que Pothier appliquait précisément à l'espèce prévue par Taulier :

« Comme le serment, disait-il, n'a cette autorité qu'autant qu'il a été valablement fait et valablement déféré, il peut y avoir lieu à la question s'il a été valablement déféré ; et celui qui l'a déféré, est reçu à prouver votre dol, c'est-à-dire les manœuvres, que vous avez employées pour le réduire à vous le déférer, *tel qu'est le vol ou la soustraction que vous lui auriez faite de son titre de créance* (n° 919),

Telle est encore certainement la doctrine moderne (arg. de l'art. 480, 1° et 10°; comp. Toullier, t. VI, n° 390; Duranton, t. XIII, n° 601 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 356; Colmet de Santerre, t. V, n° 339 *bis* 1; Larombière, t. V, art. 1363, n° 9).

666. — Quant au mode de recours à employer, en cas pareil, contre le jugement, ce sera l'appel, s'il n'est pas rendu en dernier ressort, et si la partie est encore dans le délai de l'appel, ou la requête civil, si le jugement

est en dernier ressort ou si le délai d'appel est expiré.

C'est aussi ce qu'ajoutait Pothier (*loc. supra cit.*).

667. — Nous avons toujours appliqué les développements, qui précèdent, au cas d'un serment prêté; c'est, en effet, le cas prévu par l'article 1363, que nous exposons.

Mais il est évident qu'il faut les appliquer de même, *mutatis mutandis*, au cas d'un serment refusé;

C'est-à-dire que la partie, qui a refusé de prêter le serment, qui lui a été valablement déféré ou référé, ne peut, en règle générale, et sauf seulement les exceptions que nous venons de signaler (à supposer même que ce soient là des exceptions), se soustraire à l'application de l'article 1361, d'après lequel *elle doit succomber dans sa demande ou dans son exception*. (*Supra*, n° 628.)

668. — Le serment procédant d'une convention, qui s'est formée entre les parties, doit, avons-nous dit, être gouverné, en général, par les mêmes règles que les autres conventions. (*Supra*, n°s 580-581.)

C'est pourquoi la force probante, qui s'y attache, est essentiellement relative :

a. — Soit à la chose, qui en a fait l'objet;

b. — Soit aux parties, par lesquelles il a été déféré, référé, et prêté.

On peut donc, à ce double point de vue, l'assimiler à l'autorité de la chose jugée. C'est la remarque que Pothier faisait très-justement (n° 917).

669. — *a.* — Notre section actuelle ne renferme aucun article relatif à l'identité de la chose, ou du fait, sur lequel le serment a été prêté.

Mais ce silence n'a rien qui puisse nous embarrasser, d'après ce que nous venons de dire :

« Pour savoir, ajoutait Pothier, si ce qu'on demande est la même chose, sur laquelle le serment a été déféré, et qui a été terminée par ce serment, on peut appliquer toutes les règles, que nous avons établies pour savoir quand ce qui est demandé doit être censé la même chose

que ce qui a été décidé par le jugement intervenu entre les parties. » (N° 918; comp. les art. 2048-2049.)

670. — *b.* — Quant à l'identité des personnes, nous avons un texte, que voici :

Article 1365 : « Le serment fait ne forme preuve qu'au « profit de celui, qui l'a déféré, ou contre lui, et au profit « de ses héritiers et ayants cause, ou contre eux.

« Néanmoins le serment déféré par l'un des créanciers « solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la « part de ce créancier.

« Le serment déféré au débiteur principal libère égale- « ment les cautions.

« Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite « aux codébiteurs;

« Et celui déféré à la caution profite au débiteur prin- « cipal.

« Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur « solidaire ou de la caution ne profite aux autres codebi- « teurs ou à la caution que lorsqu'il a été déféré sur la « dette et non sur le fait de la solidarité ou du caution- « nement. »

La règle posée par le premier alinéa de cet article paraît bien avoir été empruntée, d'après Pothier, à ce fragment d'Ulpien :

« *Jusjurandum alteri nec nocet nec prodest.* » (L. 3, § 3, ff. *de Jurejurando*.)

Mais elle y est reproduite dans une formule, il faut bien le dire, peu intelligible, et qui, littéralement prise, serait même inexacte.

Il en résulterait, en effet, que le serment *fait* forme preuve non-seulement contre celui qui l'a déféré, mais même aussi à son profit!

Or, il est évident, au contraire, que le serment qui forme preuve au profit de celui qui l'a prêté, ne saurait former preuve au profitde celui qui l'a déféré.

Il y a donc là une sorte d'incorrection, qu'il faut réparer, en complétant la formule législative :

« Le serment *fait* ou *refusé* ne forme preuve... »

Et on découvre ainsi la pensée du législateur, qui est sans doute celle-ci :

La prestation du serment forme preuve pour celui, qui l'a prêté ;

Le refus de serment forme preuve pour celui, qui l'a déféré ou référé.

671. — Deux propositions exactes corrélativement en sens inverse, et qui procèdent de la nature contractuelle du serment, et aussi de cette assimilation qui le rapproche de la chose jugée.

De sorte que les effets, quant aux personnes, soit du serment prêté, soit du serment refusé, doivent être en général relatifs.

C'est ce que Pothier exprimait plus correctement que notre texte :

« De même que le serment décisoire, disait-il, ne fait preuve que contre celui, qui l'a déféré, il n'en fait non plus qu'en faveur de celui à qui il a été déféré, et qui l'a fait... » (n° 919.)

672. — Voilà aussi ce qu'exprime l'article 1365, rectifié comme nous venons de le faire, et qui pose, en même temps que la règle, un certain nombre d'exceptions en les appliquant au *serment fait*.

673. — I. — La règle elle-même est évidente.

Le serment fait ne forme preuve que contre qui l'a déféré, et contre ses héritiers ou ayants cause. (Comp., art. 1122, 1165.)

Par conséquent, il ne forme pas preuve contre les tiers. (Art. 1165.)

Et il faut entendre ici par tiers, non-seulement ceux, qui sont restés étrangers à l'instance, dans laquelle le serment a été déféré, mais aussi ceux, qui y ont figuré, soit en demandant, soit en défendant, s'ils y figuraient

en vertu d'un droit à eux propre, qui ne pouvait pas être compromis par les autres parties.

674. — Tel est le cas où l'un des créanciers solidaires défère le serment au débiteur.

Le serment fait par celui-ci le libérera envers le créancier, qui le lui a déféré, pour sa part.

Mais il ne le libérera pas envers les autres créanciers, pour la part de ceux-ci.

Pourquoi?

Parce que les créanciers solidaires, qui sont mandataires les uns des autres à l'effet de recevoir le payement de la créance commune, ne sont pas mandataires à l'effet d'en consentir la remise, ni de la compromettre par une délation de serment.

Ils sont, donc, à ce point de vue, des tiers.

Et nous pouvons remarquer que ce mot : *néanmoins*, qui commence le second alinéa, a quelque chose de singulier; il semblerait, en effet, qu'il constitue une exception à la règle qui vient d'être posée, tandis qu'il n'en est, au contraire, que l'application la plus logique.

Ce qui pourrait expliquer cette rédaction, c'est que la disposition, qu'elle consacre, est de Droit nouveau, et déroge aux traditions du Droit romain et de notre ancien Droit français, d'après lesquelles le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur et prêté par celui-ci, le libérait envers les autres créanciers. (Comp. le tome III de ce *Traité*, nos 142-143 et 177.)

675. — Paul, cohéritier de Jules, a déféré le serment à Pierre sur l'existence prétendue d'une créance héréditaire de 1000 francs contre lui.

Et Pierre a juré qu'il ne reconnaissait pas l'existence de cette créance.

Le serment fait par Pierre formera preuve contre Paul, pour sa part dans la créance.

Et contre Jules?

Non pas! car il n'appartenait pas à Paul de compromettre la part héréditaire de Jules, qui n'est, quant à cette créance, qu'un tiers dans ses rapports avec lui. (Comp. *Supra*, n° 673; Pothier, n° 917.)

676. — C'est ainsi encore qu'il faudrait considérer comme tiers, les créanciers, qui demanderaient à prouver que leur débiteur à déféré, en fraude de leurs droits, le serment à son débiteur.

C'est l'application du Droit commun en matière d'action Paulienne. (Comp. le tome II de ce *Traité* n° 152; L. IX, § 5, ff. *de Jurejurando*; Pothier, n° 915; Larombière, t. V, art. 1365, n° 3.)

677. II. — Voilà la règle.

Notre texte y ajoute trois exceptions, d'après l'ancienne doctrine.

Et d'abord, le serment déféré au débiteur principal libère les cautions;

Sans doute! l'obligation accessoire ne saurait subsister après l'extinction de l'obligation principale;

Sauf pourtant le cas où le serment aurait été déféré ou référé au débiteur principal sur l'existence d'une exception à lui personnelle, comme la minorité (art. 2012, 2036).

678. — Le serment déféré (ou référé) à l'un des codébiteurs solidaires profite aux codébiteurs (art. 1208).

Il équivaut, en effet, au payement qui, une fois fait par l'un, libère en même temps les autres.

« *Nam jusjurandum loco solutionis cedit.* » (L. 27, ff. *de Jurejurando.*)

679. — C'est le même motif, qui explique pourquoi le serment déféré à la caution libère le débiteur principal.

La dette étant alors présumée payée, doit s'éteindre pour l'un comme pour l'autre.

680. — Nous disons : *la dette.*

Le dernier alinéa de l'article 1365 dispose, en effet, très-justement que le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au dé-

biteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement.

Ce sont là encore les anciennes solutions.

681. — Paul disait aussi :

« *Quod reus juravit, etiam fidejussori proficit; et a fidejussore exactum jusjurandum prodesse etiam reo....* » (L. 28, § 2, ff. *Jurejurando.*)

Mais il ajoute :

« *Si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona jurantis ageretur.* »

Et Pothier reproduisait les mêmes principes, qui sont fondés, en effet, sur la logique du droit, très-conforme à l'intention des parties (n° 919).

682. — D'autres combinaisons peuvent encore se produire, dans lesquelles il y aurait lieu d'apprécier l'effet plus ou moins relatif, suivant les cas, soit du serment prêté, dont le Code s'occupe, soit du serment refusé, dont il ne s'occupe pas.

La solution des questions qui peuvent en naître est, avant tout, subordonnée aux principes particuliers de la matière, dans laquelle elles s'élèvent, et notamment de la solidarité ou du cautionnement, qui les mettent le plus souvent en scène.

Nous en citerons quelques-unes.

Voici, par exemple, un débiteur, qui, ayant plusieurs créanciers solidaires, défère le serment à l'un d'eux.

Et le créancier, à qui le serment est déféré, refuse de le prêter.

Ce refus ne profitera au débiteur que pour la part de ce créancier, sans pouvoir nuire à ses cocréanciers. Telle est la conséquence corrélativement nécessaire de la disposition du second alinéa de l'article 1365. (*Supra*, n° 674.)

Mais si le créancier a prêté serment?

La solution sera tout autre; et très-logiquement; car, si l'un des créanciers solidaires ne peut pas empirer la condition de ses cocréanciers, il peut l'améliorer.

Il a donc mandat pour conserver au nom de tous, la créance commune.

683. — C'est par ce motif, qu'il faudrait décider que si le débiteur, refuse de prêter le serment, qui lui est déféré par l'un des créanciers solidaires, son refus profite à tous les autres créanciers.

684. — Pareillement, que l'un des codébiteurs solidaires refuse de prêter le serment, qui lui a été déféré ou référé par le créancier, ce refus ne nuira pas aux autres codébiteurs;

Tandis que, au contraire, le serment prêté par lui leur profiterait. (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 341.)

685. — Le créancier a déféré le serment au débiteur principal; et celui-ci a refusé de jurer.

Ou le débiteur principal a déféré ou référé le serment au créancier; et celui-ci a juré.

Le refus de serment du débiteur principal, dans le premier cas,

Et, dans le second cas, le serment prêté par le créancier,

Seront-ils opposables à la caution?

Cette question est controversée.

Et des jurisconsultes d'une grande autorité ont répondu affirmativement. (Comp. Troplong, *du Cautionnement*, n° 513; Ponsot, *du Cautionnement*, n° 560.)

Sans entrer plus avant dans les principes particuliers, qui régissent cette matière (ce qui serait ici un hors-d'œuvre), nous croyons devoir répondre que, suivant nous, le mandat implicite par lequel le débiteur principal représente la caution, relativement au fait de la dette, ne saurait l'autoriser à compromettre sa condition par ses actes personnels. (Comp. Duranton, t. XIII, n° 605; Larombière, t. V, art. 1365, n° 8.)

686. — Dans le cas où l'obligation est indivisible, il ne paraît pas contestable que le serment déféré ou référé par l'un des créanciers au débiteur et prêté par celui-ci,

ne peut pas nuire aux autres créanciers, et que ceux-ci peuvent encore agir, sauf déduction de la part de celui, qui a déféré ou référé le serment.

L'un des créanciers, en effet, ne peut pas faire remise de la totalité de la dette (art. 1224).

Et on doit d'autant plus en conclure qu'il ne peut pas davantage déférer le serment sur la totalité, qu'il n'existe pas, entre eux, de mandat réciproque. (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 624.)

687. — Ce qui peut faire difficulté, c'est le cas, au contraire, où le débiteur a refusé de jurer.

Ce refus profitera-t-il aux autres créanciers?

Oui! répond M. Larombière.

De même que le serment déféré par le débiteur à l'un des créanciers et prêté par celui-ci, profiterait aux autres (t. V, art. 1365, n° 8).

L'éminent auteur fonde cette solution sur ce motif que des rapports, que crée l'indivisibilité même de la chose due entre les créanciers (ou entre les débiteurs), il résulte un mandat implicite, qui autorise chaque créancier ou chaque débiteur à faire au moins meilleure la condition des autres.

Mais nous n'admettons pas l'existence d'un pareil mandat; et nous avons ailleurs entrepris de démontrer qu'il n'existe, entre les créanciers ou les débiteurs d'une obligation indivisible, aucune relation juridique de mandat ou de société, par suite de laquelle ils seraient les représentants les uns des autres. (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 625.)

C'est pourquoi nous ne croyons pas que le serment prêté par l'un puisse profiter aux autres;

Pas plus que le serment refusé ne peut leur nuire.

§ II

DU SERMENT DÉFÉRÉ D'OFFICE

SOMMAIRE

688. — L'article 1366 est ainsi conçu :

« Le juge peut déférer à l'une des parties le serment, « ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou « seulement pour déterminer le montant de la condam- « nation. »

L'origine de ce serment remonte au Droit romain. (Comp. L. 31, ff *de Jurejurando;* L. 3, Code *de Rebus creditis.*)

Notre ancien Droit français l'avait également admis. (Comp. Pothier, n° 922.)

Et le législateur du Code Napoléon a fait de même, déterminé peut-être plutôt par l'influence de la tradition, que par la valeur intrinsèque de ce procédé d'instruction, qui a soulevé de vives critiques, et qui nous paraît, en effet, surtout dans la première de ses applications, fort contestable.

Aussi, l'emploi paraît-il en être devenu très-rare dans la pratique judiciaire.

689. — Ce serment, disait Pothier, est appelé *juramentum judiciale;*

Et on appelait spécialement *juramentum in litem,* ou serment *en plaids,* celui que le juge déférait pour fixer le montant de la condamnation, qu'il devait prononcer.

Mais ces appellations n'étaient pas rigoureusement exactes, puisque le serment décisoire est aussi sans doute *judiciale* (art. 1357); et que le serment, que le juge défère à l'une des parties pour compléter sa conviction, est évidemment *in litem* ou *en plaids,* tout aussi bien que celui qu'il défère pour fixer le montant de la condamnation.

Elles ont, au reste, disparu non-seulement des textes, qui ne les reproduisent pas, mais aussi de presque tous les livres.

Le vrai nom de cette espèce de serment, qu'il avait d'ailleurs aussi autrefois, est celui de serment *supplétoire* ou *supplétif*, qu'il a conservé, en effet, dans la doctrine.

690. — Le serment peut donc être déféré d'office par le juge à l'une des parties dans deux cas :

I. — Pour en faire dépendre, d'après notre texte, la décision de la cause ; c'est-à-dire, ainsi que nous allons l'expliquer, pour compléter sa conviction ;

II. — Pour déterminer le montant de la condamnation.

Nous avons à en exposer les règles dans l'une et dans l'autre de ces applications.

I

DU SERMENT DÉFÉRÉ D'OFFICE PAR LE JUGE POUR COMPLÉTER SA CONVICTION

SOMMAIRE

691. — Division.
692. — *a.* — Dans quels cas et sous quelles conditions le serment peut être déféré d'office par le juge à l'une des parties, pour compléter sa conviction. — Exposition.
693. — Est-ce au juge du fait qu'il appartient souverainement d'apprécier s'il y a lieu de déférer le serment supplétoire? — Et sa décision, sur ce point, est-elle, dans tous les cas, à l'abri de la censure de la Cour de cassation ?
694. — Suite.
695. — Suite.
696. — Suite.
697. — Suite.
698. — Suite.
699. — Suite.
700. — Suite.
701. — Le serment supplétoire peut être déféré en toute matière.
702. — Il faut excepter les matières qui intéressent l'ordre public. — Exposition.
703. — Du caractère des faits sur lesquels le serment supplétoire peut être déféré.
704. — Suite.
705. — Faut-il que le serment supplétoire soit déféré sur un fait personnel à la partie, qui doit le prêter? — Ou peut-il être déféré sur un

fait, qui ne lui est pas personnel, mais dont elle a personnellement connaissance?

706. — Le serment supplétoire ne peut être déféré qu'à l'une ou à l'autre des parties, qui sont en cause.

707. — A l'une ou à l'autre. — Mais à laquelle?

708. — Suite.

709. — Suite.

710. — Le serment supplétoire peut être déféré en tout état de cause.

711. — *b.* — Quel est l'effet du serment supplétoire déféré; — prêté; — ou refusé. — Exposition.

712. — 1° Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties ne peut être par elle référé à l'autre.

713. — 2° Le serment supplétoire ne lie ni la partie, ni le juge.

714. — Du cas où la partie aurait acquiescé au jugement, qui a déféré le serment à son adversaire. — Dans quels cas sera-t-on fondé à dire qu'elle y a acquiescé?

715. — Suite.

715 *bis.* — Le serment supplétoire déféré ou même prêté ne lie pas le juge.

716. — Suite.

717. — La partie, qui a succombé après le serment supplétoire prêté par son adversaire, peut-elle, en offrant d'en prouver la fausseté, former contre lui une demande en dommages-intérêts : soit devant le Tribunal civil par une action principale; soit devant le Tribunal correctionnel, en se portant partie civile dans un procès intenté par le ministère public?

718. — Suite.

719. — La partie, qui a succombé après le serment supplétoire prêté par son adversaire, pourrait-elle se faire, de la fausseté prétendue de ce serment, un moyen de requête civile pour la rétractation du jugement.

720. — Du cas ou celui, auquel le serment supplétoire a été déféré, refuse de le prêter.

721. — Du cas où le serment supplétoire, qui a été déféré à l'une des parties, n'a été ni prêté ni refusé, cette partie étant décédée avant la prestation.

691. — Deux points doivent être ici l'objet de notre étude; à savoir :

A. — Dans quels cas et sous quelles conditions le serment peut être déféré d'office par le juge à l'une des parties, pour compléter sa conviction;

B. — Quel est l'effet de ce serment déféré; — prêté; — ou refusé.

692. — A. — Aux termes de l'article 1367 :

« Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur

« la demande, soit sur l'exception, qui y est opposée, « que sous les deux conditions suivantes ; il faut : »

« 1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée;

« 2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.

« Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande. »

Cette disposition exprime nettement le caractère de cette espèce de serment, et combien il diffère du serment décisoire, qui, aux termes de l'article 1360, peut être déféré par l'une des parties à l'autre, *encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception, sur laquelle il est provoqué.*

Tout au contraire!

La demande ou l'exception est-elle totalement dénuée de preuves?

Elle doit être rejetée.

La demande ou l'exception est-elle pleinement justifiée?

Elle doit être admise;

Sans que, ni dans l'un ni dans l'autre cas, le serment supplétoire puisse être déféré.

Ce n'est que dans l'hypothèse intermédiaire, où il n'y a ni preuve complète, ni absence complète de preuves, que le juge peut le déférer à l'une ou à l'autre des parties... *in dubiis causis*, disait très-bien Gaius (L. 31, ff. *de Jurejurando*);

De sorte que ce serment n'est, en réalité, qu'un moyen d'instruction, dont le but est de compléter une preuve insuffisante et d'affermir l'opinion plus ou moins incertaine et hésitante du juge.

C'est en ce sens seulement qu'il est exact de dire, avec notre texte, que le juge peut le déférer *pour en faire dépendre la décision de la cause.*

693. — Mais ce commencement de preuve, qui est nécessaire pour que le serment supplétoire puisse être dé-

féré, est-ce au juge du fait, qu'il appartient souverainement de l'apprécier? et sa décision sur ce point est-elle, dans tous les cas, à l'abri de la censure de la Cour de cassation?

Il n'en saurait être ainsi.

Et une distinction est nécessaire.

Ou la preuve par témoins n'est pas admissible sans un commencement de preuve par écrit, dans l'affaire dont il s'agit;

Ou la preuve par témoins est admissible sans un commencement de preuve par écrit.

Dans le premier cas, le juge ne peut déférer le serment supplétoire, qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit;

Tandis que, dans le second cas, il peut le déférer, lors même que ce commencement de preuve n'existe pas.

694. — *a.* — L'affaire, dont il s'agit, a pour objet une valeur de plus de 150 francs.

Et la partie ne produit, à l'appui de sa demande ou de son exception, aucune preuve écrite ni aucun commencement de preuve par écrit.

Comment, en cas pareil, serait-il possible que le juge eût, en droit, la faculté de déférer le serment supplétoire !

Mais quoi! les témoins les plus honorables, et les plus désintéressés, ne seraient pas admis à déposer de l'existence du fait, sur laquelle cette demande ou cette exception est fondée!

Et on admettrait le témoignage même assermenté d'une seule personne, et de quelle personne! de la partie elle-même, qui est engagée déjà par son affirmation, et qui est intéressée au succès de sa demande ou de son exception!

Cela serait une contradiction!

La solution d'ailleurs devrait être la même, quelle que fût la valeur de l'objet du litige, fût-elle même inférieure

à 150 francs, s'il existait un acte écrit; et le serment supplétoire ne pourrait pas être déféré, sans un commencement de preuve par écrit, contre et outre le contenu à l'acte, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis cet acte. (Comp. Cass., 22 janv. 1828, Sirey, 1828, I, 238; Cass., 9 nov. 1831, Dev., 1832, I, 10; Toullier, t. VI, n° 409; Duranton, t. XIII, n° 617; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 473-474; Bonnier, n° 441; Larombière, t. V, art. 1367-1368, n° 2.)

695. — Mais la partie produit, à l'appui de sa demande ou de son exception, ses registres et papiers domestiques.

Est-ce là, contre l'autre partie, un commencement de preuve par écrit?

Apparemment non!

Ces registres et papiers ne sauraient donc, à eux seuls, autoriser la délation du serment supplétoire. (Comp., Merlin, *Répert.* v°, *Serment*, § 11, art. 2, n° 5; Duranton, t. XII, 630, 621.)

696. — Exceptons, toutefois, le cas spécialement prévu par l'article 10 du Code de commerce :

« Si la partie, aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie. »

C'est là, en effet, une disposition spéciale, qui ne fait que confirmer la règle. (Comp. t. VI de ce *Traité*, n° 606.)

697. — Et de cette règle, nous croyons qu'il faut logiquement conclure que le serment supplétoire ne peut pas être déféré dans le cas où la preuve testimoniale est inadmissible, même lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. (Comp. art. 1715, 1716, 2044.)

Ce n'est pas le serment supplétoire, qui peut être déféré dans les cas des articles 1715-1716; c'est seulement le serment décisoire. (Comp. Larombière, t. V, art. 1366-1367, n° 14).

698. — *b.* — C'est donc seulement lorsque la preuve par témoins et par suite aussi les présomptions sont admissibles, que le juge a un pouvoir discrétionnaire d'appréciation pour décider s'il y a lieu, en raison de l'insuffisance des preuves produites, de déférer à l'une des parties le serment supplétoire.

C'est ce qui arrive :

1° Dans le cas de l'article 1341, lorsque la chose, qui fait l'objet du litige, n'est pas d'une valeur supérieure à 150 francs ; et s'il n'y a pas d'ailleurs d'acte écrit;

2° Dans le cas de l'article 1348, lorsqu'il n'a pas été possible à la partie de se procurer une preuve littérale à l'appui de sa demande ou de son exception. (Comp. Cass., 24 juill. 1865, Lallemant, Dev., 1865, I, 405; Cass., 11 janv. 1873, Marcombe, Dev., 1873, I, 328);

3° Dans le cas des articles 1341 du Code Napoléon et 109 du Code de commerce, lorsqu'il s'agit de matières commerciales. (Comp. Cass., 22 janv. 1828, Sirey, 1828, I, 238; Cass., 9 nov. 1831, Dev., 1832, I, 10).

699. — Et encore, ce pouvoir discrétionnaire, comme nous venons de l'appeler, n'est-il pas absolu.

Le juge, en première instance, défère à Paul le serment supplétoire dans le litige, qui est engagé entre lui et Pierre.

Mais Paul soutient que sa demande contre Pierre est pleinement justifiée, et qu'il n'y a pas lieu, en conséquence, de lui déférer le serment supplétoire.

Il porte donc l'appel du jugement, qui le lui a déféré.

Cet appel est-il recevable ?

Pothier répondait négativement :

« Quoique le juge eût pu et même dû, disait-il, la preuve paraissant complète, lui donner gain de cause, sans exiger d'elle son serment, il ne lui a pas néanmoins fait de grief en l'exigeant, puisqu'il ne coûte rien à la partie d'affirmer ce qu'elle sait être vrai; le refus qu'elle

fait d'affirmer ce fait atténue et détruit la preuve, qu'elle en avait faite » (n° 924).

Mais nous ne pensons pas que cette solution doive être admise :

1° Aux termes de l'article 1367, le juge *ne peut déférer d'office le serment*, que sous les conditions que ce texte exprime; à savoir : que la demande ou l'exception ne soit ni pleinement justifiée, ni totalement dénuée de preuve ;

Or, nous supposons le cas où la demande est pleinement justifiée ;

Donc, le juge ne peut pas déférer le serment supplétoire.

Et s'il ne le peut pas, le droit de la partie nous paraît être de porter l'appel de son jugement.

La Cour d'appel donc pourra infirmer le jugement, en décidant qu'il n'y a pas lieu de déférer le serment supplétoire.

2° Ce droit d'appel est, en effet, la sanction nécessaire de la disposition de l'article 1367, qui, autrement, en manquerait tout à fait.

3° Ajoutons que le motif donné par Pothier n'est pas décisif; outre que cette mesure d'instruction pourrait être, pour la partie, une cause d'embarras et de déplacement, on comprend qu'elle aime mieux réussir par la force même de ses preuves, que par un serment, dont son adversaire pourrait mettre en doute la sincérité. (Comp. *infra*, n° 720; Toullier, t. VI, n° 403; Duranton, t. XII, n° 623; Larombière, t. V, art. 1367-1368, n° 5.)

700. — Quoique le serment supplétoire ne puisse être déféré que par le juge, rien ne nous paraît s'opposer à ce que l'une ou l'autre des parties prenne des conclusions à fin qu'il plaise au juge de le déférer.

Car c'est, bien entendu, au juge lui-même qu'il appartient d'apprécier s'il y a lieu d'avoir, sous ce rapport, égard aux conclusions de la partie.

Et s'il croit, en effet, devoir, en l'état de la cause, déférer le serment supplétoire, il ne le peut toujours que sous les conditions, qui sont exigées par l'article 1367 ;

Les conclusions de la partie à fin de délation du serment supplétoire ne pouvant pas évidemment en changer le caractère.

701. — Le serment supplétoire peut du reste être déféré, en général, en toute matière :

Personnelle ou réelle;

Mobilière ou immobilière ;

Quelle que soit l'importance du litige, au point de vue pécuniaire.

Nos textes n'y apportent, en effet, aucune limitation de ce genre.

Telle est la règle en Droit;

Sauf au juge à se montrer plus réservé, en fait, pour déférer le serment supplétoire dans les causes où l'intérêt pécuniaire, plus considérable, pourrait peut-être pousser la partie au parjure.

702. — Pothier, toutefois, enseignait « *qu'il faut excepter de cette règle les causes de grande importance.* » (N° 926.)

Mais il explique de suite sa pensée, en ajoutant : *telles que les causes de mariage.*

C'est, en effet, du caractère de la cause, et non pas de l'importance des intérêts pécuniaires, qui peuvent s'y agiter, que l'exception dérive.

Et cette exception s'applique aux matières, qui n'étant pas susceptibles d'une transaction ou d'une renonciation, parce qu'elles intéressent l'ordre public, ne sont pas non plus, en conséquence, susceptibles d'être décidées par un aveu ou par une déclaration quelconque des parties. (Comp. *supra*, n° 599; Poitiers, 27 nov. 1850, Eon, Dev., 1851, II, 417; Toullier, t. VI, n°s 418-419; Larombière, t. V, art. 1367-1368, n° 15.)

703. — Quant aux faits, sur lesquels le serment supplétoire peut être déféré, il est évident qu'ils doivent être de nature à produire quelque document, quelque renseignement susceptible de compléter l'insuffisance de la preuve et de former la conviction du juge.

Il faut donc, comme on dit, qu'ils soient *relevants*.

Mais il n'est pas nécessaire, comme dans le cas du serment décisoire, qu'ils soient *décisifs*.

Car le serment, dont il s'agit, est un élément d'*instruction*, et non pas un élément de *décision*.

C'est d'ailleurs au juge qu'il appartient d'apprécier le caractère plus ou moins relevant des faits, sauf pourtant la restriction, que nous avons posée. (*Supra*, n° 694.)

L'imperfection de la preuve, qui cause sa perplexité, peut provenir soit de l'insuffisance des documents, que l'une des parties produit, soit du conflit des documents, que l'une et l'autre des parties produisent, et qui semblent, en se contrebalançant, se neutraliser.

Voilà surtout le cas de l'intervention du serment supplétoire, et son office. (Comp. Cass., 10 mai 1842, Cret, Dev., 1842, I, 635.)

Pothier cite comme une preuve incomplète, mais assez considérable déjà pour faire déférer le serment supplétoire, « la confession extrajudiciaire du débiteur, lorsqu'elle a été faite hors de la présence du créancier, ou lorsqu'elle a été faite en sa présence, sans être circonstanciée et sans que le débiteur ait exprimé la cause de la dette. » (N° 927 ; comp. *supra*, n° 549.)

704. — Il cite encore les registres des marchands.

Très-justement aussi, sans doute !

Nous avons vu, en effet, que ce commencement de preuve est particulièrement prévu par l'article 1329 pour rendre admissible le serment supplétoire. (Comp. le tome VI de ce *Traité*, n° 606.)

705. — Faut-il que le serment supplétoire soit déféré sur des faits personnels à la partie, qui doit le prêter ?

Ou peut-il être déféré sur un fait, qui ne lui est pas personnel, mais dont elle a personnellement conaissance?

Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement sur la seconde question.

C'est la réponse, que nous avons faite, pour le serment décisoire. (*Supra*, n° 606.)

A plus forte raison, la ferons-nous pour le serment supplétoire.

Aussi, notre avis est-il que le juge peut déférer le serment supplétoire de crédulité, dans les mêmes cas où les parties peuvent se déférer un pareil serment décisoire.

Cette solution a soulevé, il est vrai, des dissidences. (Comp. Toullier, t. VI, n° 421; Favard, *Répert.*, v° *Serment*, art. 11, § 2, n° 8; Zachariæ fils, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, t. II, p. 411 et suiv.)

Mais nous n'apercevons pas, pour notre part, quelle pourrait être, entre les deux cas, la raison de différence. (Comp. Cass., 10 déc. 1833, Dev., 1833, I, 113; Rauter, *Cours de Procéd. civ.*, § 134; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 474-475.)

706. — C'est *à l'une des parties*, que, d'après le texte de nos articles 1366 et 1368, le juge peut déférer le serment.

D'où il faut conclure que le serment supplétoire, pas plus que le serment décisoire, ne peut être déféré à une personne, qui ne serait point partie en cause.

Il est vrai que la Cour de cassation a jugé que le serment supplétoire peut être déféré au mari sur un fait à lui personnel, lors même qu'il ne figure dans l'instance que pour autoriser sa femme. (10 mai 1842, Cret, Dev., 1842, I, 635.)

Mais cet arrêt, qui paraît avoir été rendu dans une circonstance particulière, constate aussi, dans ses motifs, que le serment avait été prêté immédiatement à l'audience même où le jugement avait été rendu, et sans

opposition ni réclamation. (Comp. Cass., 24 juill. 1865. Lallement, Dev., 1865, I, 405.)

Quoi qu'il en soit, nous ne pensons pas que cette décision doive former un précédent en jurisprudence.

Et nous concluons que, en effet, d'après le texte de la loi comme d'après les principes, le serment supplétoire ne peut être déféré qu'à l'une ou à l'autre des parties, qui sont en cause. (Comp. *supra*, n° 588; Chambéry, 14 juill. 1866, Galetto, Dev., 1867, II, 149.)

707. — A l'une ou à l'autre, disons-nous, et non point à l'une et à l'autre, à toutes les deux!

Il peut bien arriver que les deux, en effet, prêtent le serment supplétoire, dans le même litige, et sur le même fait.

Oui! mais devant des juges différents : l'une, en première instance; l'autre, en appel. (Comp. *infra*, n° 716.)

Mais ce qui ne se peut pas, c'est que le même juge défère le serment aux deux parties!

La chose advint pourtant autrefois à messire Houlyer, conseiller du roi au siége de Melle, qui, après avoir déféré le serment aux deux parties, se trouva, après les deux serments prêtés, dans une si anxieuse perplexité, qu'il ne vit d'autre parti à prendre que de décider, entre elles, le procès à *la courte paille!*

Cette folle sentence, dit M. Larombière, est du 24 septembre 1644; et on peut la voir rapportée tout au long dans Boncenne. (T. II, p. 504, en note.)

708. — A l'une des parties donc seulement.

Mais à laquelle?

A celle évidemment, qui lui paraît mériter le plus de confiance par ses antécédents, par sa situation, par sa moralité; son choix, sous ce rapport, est libre;

A moins pourtant que, dans un cas exceptionnel, la loi elle-même n'ait désigné la partie à laquelle le serment doit être déféré, comme dans le cas de l'article 17 du Code de commerce :

« Si la partie, aux livres de laquelle on offre d'ajouter « foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le « serment *à l'autre partie.* »

709. — Mais, en principe, le choix est libre de la part du juge.

Libre, disons-nous ; ce qui ne signifie pas, bien entendu, arbitraire ; il est évident qu'il doit être exercé, d'après certaines règles, eu égard à l'état de la cause et aux circonstances du fait.

C'est ainsi que le serment doit être, de préférence, déféré à celle des parties, qui a fourni des documents plus probants que ceux de l'autre partie ; — et, toutes choses égales, au défendeur, l'affirmation du demandeur dans sa propre cause, dit justement Bonnier, n'étant pas recevable, lorsque rien ne vient faire pencher la balance en sa faveur. (N° 441 ; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 474 ; Larombière, t. V, art. 1367-1368, n° 12.)

710. — Le serment supplétoire peut d'ailleurs être déféré en tout état de cause ;

C'est-à-dire tant qu'une décision, ayant l'autorité de la chose jugée, n'a pas été rendue.

711. — B. — Il nous reste à examiner quel est l'effet du serment supplétoire déféré ; — prêté ; — ou refusé (*supra*, n° 691).

Zachariæ a écrit qu'il faut considérer le serment supplétoire « comme une espèce de transaction, que le juge ménage entre les deux parties, ou qu'il conclut avec l'une, au nom de l'autre. » (§ 764, texte et note 5 ; comp. Aubry et Rau, t. VI, p. 475.)

Mais évidemment cette appréciation n'est pas exacte !

Le serment supplétoire est, avons-nous dit, une simple mesure d'instruction, un mode de preuve, qui émane du juge, *ex officio judicis*, d'où lui vient précisément son nom, et qui n'implique, entre les parties, aucun rapport contractuel de transaction.

Voilà son vrai caractère.

D'où dérivent naturellement les effets, que nous allons en déduire.

712.—1° Et d'abord, l'effet que l'article 1368 décrète en ces termes :

« Le serment déféré d'office par le juge à l'une des « parties ne peut être par elle référé à l'autre. »

Il n'y a donc alors d'autre alternative que celle-ci, disait Pothier, *de faire le serment ou de perdre sa cause.*

Et il ajoutait :

« Telle est la pratique du barreau, qui est mal à propos taxée d'erreur par Faber. Il suffit, pour la justifier, de faire attention au sens du mot *référer ;* pour qu'on puisse dire proprement que je réfère le serment à ma partie adverse, il faut que ce soit elle qui me l'ait déféré. » (N° 929.)

Et puis, d'ailleurs, la confiance, accordée par le juge à l'une des parties, est évidemment aussi toute personnelle.

713. — 2° Le serment supplétoire ne lie ni la partie, ni le juge.

Il ne lie pas la partie, qui peut, malgré le serment déféré par le juge, bien plus encore ! malgré le serment prêté par son adversaire, porter l'appel du jugement, et démontrer l'existence de son droit par tous les moyens de preuve, et établir ainsi, en tout état de cause, la fausseté du serment prêté contre elle ;

Sans même d'ailleurs qu'elle soit tenue d'en prouver préalablement la fausseté pour déduire ses moyens de preuve.

C'est que, en effet, l'article 1363, qui ne permet pas de prouver la fausseté du serment décisoire, n'est pas applicable au serment supplétoire.

Et très-justement ! puisque la délation du serment supplétoire n'émane pas de la partie, et qu'elle n'a pas consenti à s'y soumettre par forme de transaction. (Comp. l'*Exposé des motifs* par Faure, Locré, *Législat.*, t. XXX,

p. 490; Cass., 20 janv. 1843, Risacher, Dev., 1843, I, 659.)

714. — Le motif même, sur lequel nous fondons la doctrine, qui précède, témoigne que cette doctrine ne serait plus applicable, si la partie avait acquiescé au jugement, qui a déféré le serment à son adversaire.

Mais dans quels cas sera-t-on fondé à dire qu'elle y a acquiescé et que, par suite, elle ne peut plus porter l'appel du jugement?

Question fort controversée, dont la jurisprudence offre des solutions très-diverses, et peut-être un peu confuses.

Nous croyons, pour notre part, pouvoir résumer cette thèse dans les deux propositions suivantes :

a. — La partie, qui a assisté à la prestation du serment, sans faire de protestations ni de réserves, doit être considérée comme ayant acquiescé au jugement, qui l'a déféré.

Mais, pourtant, si la prestation avait eu lieu non pas à une audience subséquente, mais sans désemparer et à l'audience même, dans laquelle le jugement a été rendu?

On a prétendu, en effet, que cette distinction devait être faite, et que s'il y avait acquiescement dans le premier cas, il n'y en avait pas dans le second cas. (Comp. Bordeaux, 30 janv. 1833, Dev., 1834, II, 20; Limoges, 3 janv. 1844, Chassain, Dev., 1844, II, 636; Toullier, t. VI, n° 425.)

Eh! pourquoi donc?

D'où dérive l'acquiescement, que nous opposons à la partie, qui a été présente à la prestation du serment, sans faire de protestations ni de réserves?

Il dérive du fait même de sa présence.

Or, elle a été présente dans un cas comme dans l'autre.

Donc, il n'est pas plus admissible, dans un cas que dans l'autre, qu'après avoir adhéré, par sa présence silen-

cieuse, au jugement qui ordonnait la prestation et à la prestation elle-même, elle se ravise, parce que le résultat, qu'elle a attendu, lui est défavorable. (Cass., 8 mai 1819, Sirey, 1819, I, 104; comp. Bordeaux, 12 janv. 1836, Dufau, Dev., 1836, II, 222; et 1er juill. 1845, Charpentier, Dev., 1846, II, 378.)

715. — *b.* — Au contraire, la partie ne doit pas être considérée comme ayant acquiescé au jugement, par cela seul qu'elle a laissé prêter le serment par son adversaire sans protestations ni réserves, si elle s'est abstenue d'y assister;

Et cela, lors même qu'elle aurait été régulièrement sommée d'y être présente.

A plus forte raison, en est-il ainsi, lorsque, étant présente à l'audience, au moment où le serment va être prêté, elle se retire!

Car c'est, à notre avis, le fait même et le fait seul de sa présence qui peut être considéré, de sa part, comme un acquiescement. (Comp. Bourges, 12 mai 1841, Darchys, Dev., 1842, II, 498; Grenoble, 18 févr. 1854, Chatain, Dev., 1855, II, 751; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 476; Larombière, t. V, art. 1367-1368, n° 20; et en sens contraire, Montpellier, 14 nov. 1832, Dev., 1833, II, 383; et 9 avril 1840, Genieis, Dev., 1842, II, 496; Toullier, t. VI, n° 425.)

715 *bis.* — Nous avons ajouté que le serment supplétoire déféré, ou même prêté, ne lie pas non plus le juge (*supra,* n° 713).

C'est ainsi que le juge de première instance n'est pas lié par la délation du serment, si, avant la prestation, il acquiert, soit par la production d'une pièce nouvellement découverte, ou par tout autre moyen, la preuve certaine de la vérité ou de la fausseté du fait, sur lequel il a déféré, par son jugement, le serment à l'une des parties.

Il peut donc, en ce cas, rétracter ce jugement. (Comp. Cass., 10 déc. 1823, Sirey, 1824, I, 141; Li-

moges, 23 mars 1825, Sirey, 1826, II, 194; Toulouse, 3 juill. 1827, Sirey, 1827, Sirey, 1828, II, 110; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 475; Bonnier, n° 443; Larombière, t. V, art. 1367-1368, n° 19.)

716. — C'est ainsi encore que le juge d'appel n'est pas lié par la prestation même du serment déféré par le juge de première instance, et qu'il peut aussi, sans même que la fausseté du serment prêté ait été préalablement prouvée, réformer son jugement :

Soit purement et simplement;

Soit en déférant à l'appelant le serment, que le premier juge avait déféré à l'intimé.

Étrange spectacle sans doute, que celui de ces deux serments, prêtés devant la justice, et demandés par elle, et dont l'un constitue évidemment un parjure!

Mais cela n'en est pas moins incontestable.

« C'est ce que nous voyons tous les jours se pratiquer, » disait Pothier (n° 928).

Et telle est encore, nous ne dirons pas notre pratique, qui est devenue bien plus rare, mais notre législation.

L'article 1357 attribue en effet au juge le pouvoir de déférer d'office le serment supplétoire à l'une ou à l'autre des parties.

Au juge, disons-nous, c'est-à-dire à tout juge, qui se trouve saisi de la cause;

Et par conséquent, au juge d'appel, aussi bien qu'au juge de première instance, puisque la cause se présente, en appel, comme en première instance, aussi entière, et avec les mêmes moyens d'instruction et de preuve. (Comp., Toullier, t. VI, n°s 424-426; Duranton, t. XIII, n°s 613 et 623; Marcadé, art. 1368, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 475; Bonnier, n° 443; Larombière, t. V, art. 1367-1368, n° 21.)

717. — La partie, à laquelle le serment supplétoire a été déféré, l'a prêté.

Le jugement lui a donné gain de cause; et il a acquis l'autorité de la chose jugée.

L'autre partie, qui a succombé, peut-elle, en offrant de prouver la fausseté du serment prêté par son adversaire, former, contre lui, une demande en dommages-intérêts :

Soit devant le Tribunal civil, par une action principale;

Soit devant le Tribunal correctionnel, en se portant partie civile dans un procès intenté par le ministère public ?

Question controversée, et qui peut, en effet, paraître délicate.

Aussi, des jurisconsultes d'une autorité considérable enseignent-ils l'affirmative:

L'article 1363, qui dispose que, lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est pas recevable à en prouver la fausseté, n'est, disent-ils, applicable qu'au serment décisoire; et aucun texte ne reproduit cette disposition pour le serment supplétoire.

D'où ils concluent qu'il n'y a pas de raison pour que ce serment ne soit pas combattu, soit en appel, *soit par une action en dommages-intérêts portée au civil, ou au correctionnel, et qui s'appuierait sur le délit de faux serment.*

C'est ainsi que s'exprime notre savant collègue, M. Colmet de Santerre (t. V, nº 345 *bis*).

On peut voir aussi cette doctrine professée dans les mêmes termes par Marcadé (art. 1368, nº 3) et par Bonnier (nº 443), qui cite, à l'appui de sa solution, l'arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, du 20 janvier 1843 (Risacher, Dev., 1843, I, 659).

718. — Cette doctrine, toutefois, n'est pas, à notre avis, juridique; et nous croyons, au contraire, que la demande en dommages-intérêts de la partie, contre laquelle le jugement a été rendu, n'est recevable ni au civil, ni au correctionnel :

1° L'argument, qui nous détermine, est, suivant nous, péremptoire ; et il nous paraît permis de s'étonner que les dissidents ne l'aient pas même abordé dans la défense de leur thèse.

Cet argument se présente pourtant bien naturellement; c'est celui, qui résulte de l'autorité de la chose jugée.

Cette autorité, en effet, constitue une présomption légale, *juris et de jure*, contre laquelle aucune preuve contraire n'est admise; et c'est en vain que, pour la combattre, on viendrait prétendre que des moyens quelconques, ou des preuves, et à plus forte raison des suppléments, des adminicules de preuves, sur lesquels le juge s'est fondé, sont empreints de mensonge et de fausseté; il est trop tard!

Or, le moyen déduit du serment supplétoire n'a que ce caractère; ce n'est pas une preuve; c'est, disons-nous, un supplément, un adminicule de preuve;

Donc, après que la décision rendue a acquis l'autorité de la chose jugée, il est impossible de l'attaquer, en demandant à prouver la fausseté du serment supplétoire, que le juge, avant de la rendre, a cru devoir déférer à l'une des parties.

2° On objecte que l'article 1363, qui défend de prouver la fausseté du serment prêté, est applicable seulement au serment décisoire, et point au serment supplétoire.

Sans aucun doute! et nous l'avons nous-même expliqué ainsi (*supra*, n° 813).

Mais qu'en résulte-t-il?

C'est que ce serment déféré à l'une des parties pourra être combattu, soit en première instance, devant le juge même, qui l'a déféré, soit en appel; c'est, en un mot, qu'il ne lie ni la partie, ni le juge, tant que dure l'instance, au premier ou au second degré.

Mais au delà, c'est tout autre chose! et lorsque l'instance est finie, lorsque le jugement ou l'arrêt rendu a

acquis l'autorité de la chose jugée, toute action devient impossible.

Pourquoi?

Par une raison bien simple : il ne s'agit plus alors de l'effet du serment; il s'agit de l'effet de la chose jugée.

« Quand le serment déféré par le juge est fait, disent les auteurs du nouveau Denizart, *il a la force de la chose jugée;* et celui, que fait une partie, à laquelle l'autre l'a déféré, *a la force d'une transaction.* (v° *Serment*, n° 14).

3° Vous alléguez que votre adversaire, en prêtant un faux serment, vous a causé un dommage, dont il vous doit la réparation pécuniaire, en vertu des articles 1382 et 1383.

En d'autres termes, vous alléguez que c'est le serment prétendu faux, qui a été le motif déterminant du juge, et que, sans ce serment, au lieu de perdre, vous auriez gagné.

Mais qu'est-ce qui le prouve? — et comment vous serait-il possible de le prouver autrement qu'en recommençant le procès lui-même tout entier?

En recommençant le procès!

Mais cela est bien impossible!

Et voilà pourquoi nous finissons comme nous avons commencé : par l'argument péremptoire de l'autorité de la chose jugée. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 476; Larombière, t. V, art. 1367-1368, n° 25; quant à l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1843, cité par Bonnier, il ne décide pas, en réalité, notre question; il décide seulement, ce qui est, en effet, incontestable, que l'article 366 du Code pénal, qui punit le faux serment, s'applique au serment supplétoire comme au serment décisoire.)

719. — L'argumentation, que nous venons de produire, a, par avance aussi, démontré que la partie, qui a succombé, ne pourrait pas davantage se faire, de la prétendue fausseté du serment supplétoire prêté par son

adversaire, un moyen de requête civile pour demander la rétractation du jugement.

Mais pourtant, est-ce que le faux serment ne constitue pas, de la part de celui qui l'a prêté, un dol personnel, qui doit fournir à l'autre partie un moyen de requête civile aux termes de l'article 480 1°, du Code de procédure?

Il faut s'entendre :

Si on prétend que celui, auquel on impute le faux serment, a employé des manœuvres frauduleuses pour se le faire déférer, nous pensons, en effet, que son adversaire serait fondé à attaquer, par la voie de la requête civile, le jugement rendu contre lui.

Mais si on prétend seulement (et c'est là, seulement, en effet, notre question) faire résulter le dol personnel, que l'on allègue, de la prétendue fausseté du serment prêté, nous répondons ici encore que le fait de la prestation d'un faux serment ne constitue pas un dol personnel, dans le vrai sens de l'article 480 1° du Code de procédure. Il peut bien y avoir là une allégation fausse, un mensonge, mais pas un dol avec la signification de ces mots, dans l'article 480.

Est-ce que la prétendue fausseté de ce serment supplétoire peut être, *à priori*, considérée comme le motif déterminant du jugement?

Non sans doute (*supra*, n° 718).

720. — Nous venons d'expliquer l'effet du serment supplétoire prêté.

Et s'il est refusé?

Faut-il appliquer l'article 1361, d'après lequel celui qui refuse de prêter le serment décisoire, qui lui est déféré, doit succomber dans sa demande ou dans son exception ?

Nous avons déjà répondu négativement, et que celui qui refuse de prêter le serment supplétoire, qui lui est deféré en première instance, peut porter l'appel du jugement, en soutenant que sa preuve est faite complétement

et qu'il n'y a pas lieu de lui déférer le serment (*supra*, n° 699).

S'il s'agit seulement d'un refus pur et simple de prêter le serment supplétoire, c'est au juge, qui l'a déféré, d'apprécier les motifs de ce refus; il peut, en conséquence, suivant les circonstances du fait, soit condamner le plaideur, qui refuse de jurer, et qui fournit ainsi un argument contre lui; soit lui donner gain de cause, malgré ce refus ; comme si, dit M. Larombière, après lui avoir déféré le serment d'office, il l'en avait dispensé (t. V, art. 1367-1368, n° 23; comp. Bonnier, n° 444).

721. — Supposons enfin le cas où le serment supplétoire, qui a été déféré à l'une des parties, n'a été, par elle, ni prêté ni refusé.

Elle est décédée, soit après avoir accepté, soit avant d'avoir accepté de le prêter.

Rien de plus simple.

Le jugement, qui a ordonné la prestation, est à considérer comme non avenu.

Et le juge peut, soit décider le litige d'après les documents fournis au procès, soit déférer le serment supplétoire, à l'autre partie ou un serment de crédulité aux héritiers de la partie décédée. (Comp. *supra*, n° 639; Aix, 13 août 1829, Sirey, 1829, II, 286; Douai, 26 mai 1814, Sirey, 1815, II, 234; Limoges, 12 mars 1839, Suidirou, Dev., 1840, II, 24.)

II

DU SERMENT DÉFÉRÉ D'OFFICE PAR LE JUGE POUR DÉTERMINER LE MONTANT DE LA CONDAMNATION

SOMMAIRE

722. — Exposition.
723. — Trois conditions sont requises pour qu'il y ait lieu à cette espèce de serment supplétoire.
724. — Quels sont les cas dans lesquels ces conditions se rencontrent.
725. — Suite.
726. — Suite.

722. — L'article 1360 est ainsi conçu :

« Le serment sur la valeur de la chose demandée ne « peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il « est d'ailleurs impossible de constater autrement cette « valeur.

« Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme « jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera « cru sur son serment. »

C'est le serment *in litem* du Droit romain, et le serment *en plaids* de notre ancien droit français. (*Supra*, n° 609; Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Serment en plaids.*)

On l'a encore appelé, et plus justement, le *serment estimatoire*. (Comp. Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 534.)

Le législateur de notre Code y a consacré un seul article.

Et ce laconisme même suffit à témoigner que, sauf la spécialité qui le caractérise, ce serment demeure soumis aux règles générales, qui gouvernent le serment supplétoire, que nous venons d'exposer.

723. — On peut dire que trois conditions sont requises pour qu'il y ait lieu à cette espèce de serment supplétoire ; à savoir :

1° Que la demande soit justifiée en elle-même, et la perte, que le demandeur affirme avoir éprouvée, bien établie; il est clair d'ailleurs que cette preuve peut se faire par tous les moyens, et même le plus généralement par témoins, et par présomptions (art. 348, 1353) ;

2° Que la restitution de la chose, qui fait l'objet de la demande, ne puisse plus avoir lieu en nature; autrement, c'est la chose elle-même, qui devrait être restituée ; l'action serait réelle, non personnelle ;

3° Enfin qu'il soit impossible de constater autrement la valeur de cette chose.

724. — Quels sont les cas, dans lesquels ces conditions se rencontrent?

Le législateur ne les a pas précisés ; et il ne pouvait guère en effet, sur ce point, que poser la règle.

Nous citerons les principaux exemples, les plus fréquents.

Tels sont :

1° Le cas de dépôts nécessaires proprement dits, par suite d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage (art. 1348, 1949);

2° Le cas de dépôts faits par les voyageurs logeant dans une hôtellerie assimilés aux dépôts nécessaires (art. 1348, 1952); c'est même, en pratique, l'une des applications les plus usuelles de notre texte (comp. Denizart. v° *Aubergiste*, § 111, n° 4);

3° Le cas où des objets confiés à des voituriers ont été perdus, lorsque, d'ailleurs, la preuve de la remise qui leur en a été faite est régulièrement fournie (art. 1782; comp. *supra*, n° 193);

4° Le cas de vol ou de perte d'une chose, dont le propriétaire réclame la valeur.

Et nous dirons, en résumé, que le serment *in litem* peut être déféré dans tous les cas où « il s'agit de spoliation, de rétention frauduleuse, ou de tout autre acte, de bonne ou de mauvaise foi, qui oblige le défendeur à une réparation » (Comp. Toullier, t. V, n° 441 ; Larombière, t. V, art. 1369, n° 3).

725. — Il est clair, en effet, que dans tous les cas, que nous venons d'énoncer, il n'y a, généralement, que le demandeur, qui puisse faire connaître la valeur de la chose qu'il réclame.

La valise du voyageur a été volée dans l'hôtel où il est descendu.

Quels effets cette valise contenait-elle? et quelle en était la valeur?

Il n'y a presque jamais que le voyageur lui-même, qui le sache.

Et voilà bien pourquoi, en effet, c'est au demandeur lui-même que cette espèce de serment doit être déféré.

726. — Le juge d'ailleurs n'est jamais tenu de déférer le serment *in litem;* et il a toujours la faculté de le déférer ou de le rejeter, alors même que les parties y auraient expressément conclu. (Comp. Larombière, t. V, art. 1369, n° 4.)

Ce serment, en effet, ne peut être déféré, d'après le texte même, que *lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement la valeur réclamée.*

Toullier ajoute, avec raison, « que s'il était possible de faire cette preuve de toute autre manière que ce soit, le juge ne pourra déférer le serment *in litem*, sans exposer son jugement à la censure » (t. VI, n 441).

D'où il suit que le juge a toujours le pouvoir, comme expert de droit qu'il est, en effet, toujours, de déterminer lui-même la valeur de la chose, lorsque la cause lui fournit les documents suffisants à cet effet.

727. — C'est *sur la valeur de la chose demandée*, que, d'après l'article 1369, le serment doit être déféré;

C'est-à-dire évidemment sur sa valeur intrinsèque, réelle et véritable.

En Droit romain, au contraire, le demandeur était autorisé, du moins dans le cas de dol et de contumace du défendeur, à fixer *ultra rei pretium*, le prix d'affection, qu'il attachait à la chose réclamée, de sorte qu'Ulpien a pu dire :

« .... *Jurare autem in infinitum licet...* » (L. 4, § 2, ff. *de in litem jurejurando.*)

Toutefois, il était loisible au juge d'ajouter une *taxatio*, *ne in immensum juretur*, c'est-à-dire de fixer un *maximum*, que le serment ne devait pas dépasser « .... *præfinire certam summam, usque ad quam juretur.* » (L. 4, § 2 *et* 5, *lit. cit.*)

Et de là cette distinction des anciens commentateurs entre le *juramentum affectionis et le juramentum veritatis.*

« Mais, disait Pothier, le *juramentum affectionis* n'a pas lieu dans nos usages ; nous n'y avons admis que le *juramentum veritatis* » (n° 930).

Tel est aussi notre Droit.

Ce qu'il faut ajouter seulement, et ce qui est logique en même temps qu'équitable, c'est qu'il appartient au juge de tenir compte, dans son appréciation de la valeur de la chose, et dans la *taxatio*, qu'il doit faire avant de déférer le serment :

1° De la bonne ou de la mauvaise foi du défendeur (arg. des articles 1150, 1151);

2° Et aussi, dans tous les cas, du dommage réel, que le défaut de restitution en nature peut faire éprouver au demandeur (arg. des articles 1378, 1379).

728. — Et encore, l'article 1369 ajoute-t-il que le juge doit déterminer la somme, jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment;

Même en ce cas, porte le texte; c'est-à-dire *dans le cas où il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur.*

Mais alors d'après quelles données donc sera-t-il possible au juge lui-même de déterminer la somme, jusqu'à concurrence de laquelle pourra être prêté le serment, qu'il défère ?

Il y a un cas (à la vérité, le plus fréquent,) où cette détermination ne lui sera pas absolument impossible, c'est le cas du *dépôt d'hôtellerie.* L'appréciation de la valeur des effets apportés par le voyageur dans l'hôtel, telle qu'elle doit avoir lieu, d'après l'article 1348, 2°, *suivant la qualité de personnes et les circonstances du fait*, est, en effet, possible plus ou moins approximativement, eu égard à la profession de la personne, à ses habitudes, au but connu de son voyage, à la durée plus ou moins longue du séjour qu'elle devait y faire, etc.

Mais il est, au contraire, d'autres cas, dans lesquels l'embarras du juge peut être grand ; tel, par exemple, que celui qui est cité par Toullier :

« Un homme, dit-il, a enlevé de ma maison une cassette. Des témoins dignes de foi l'ont vu l'emporter ; et lui-même, après s'en être d'abord défendu, a fini par l'avouer ; en un mot, le fait est constant. Mais il prétend que cette cassette ne contenait que 3000 fr. ; et je soutiens qu'elle en contenait 20 000 en or, plus des diamants et des pierres précieuses d'une valeur égale à cette somme. »

Et l'auteur ajoute :

« C'est bien le cas de recourir au serment *en plaids* ou *in litem* » (t. VI, n° 440).

Mais comment le juge, qui ne me connaît pas, pourra-t-il déterminer la somme, jusqu'à concurrence de laquelle j'en serai cru sur mon serment ?

La preuve par commune renommée sera-t-elle admissible ? et pourrai-je invoquer le témoignage de mes amis, de mes voisins, de mes connaissances ?

Toullier répond affirmativement ; et cette solution est, suivant nous, juridique.

Objectera-t-on que la preuve par commune renommée est exceptionnelle et qu'elle ne doit être admise que dans les cas précisément déterminés par la loi, ou du moins dans les cas qui offrent avec ceux, que la loi a déterminés, une complète identité ?

C'est ce que nous avons pensé nous-même (*supra*, n° 223).

Aussi, ne proposons-nous pas de l'admettre comme preuve directe de la valeur contestée.

Ce que nous croyons, c'est que cette preuve pourra être admise par le juge comme un mode d'instruction préalable à la délation du serment *in litem*, afin de se procurer les éléments nécessaires, qui lui manqueraient pour l'évaluation, que la loi elle-même lui enjoint de faire.

Telle était, en effet, l'ancienne doctrine; et il nous paraît intéressant de citer le passage, dans lequel Leprêtre l'exprimait, précisément sous le titre : *du serment déféré joint la commune renommée.*

« Nous le pratiquons ainsi en France, disait-il. Le juge ordonne que le demandeur sera cru par serment, de la perte qu'il dit avoir faite et du dommage, qu'il a reçu, jusqu'à certaine somme, qui est par lui limitée et au-dessous, par-dessus laquelle le demandeur ne peut jurer; joint la commune renommée de laquelle il doit être préalablement informé, c'est-à-dire avant que le demandeur soit reçu à faire le serment, qu'il doit informer et faire ouïr par témoins sur ses facultés, et s'il a pu avoir l'argent ou les choses, qu'il prétend lui avoir été dérobées, et s'il a pu les avoir au lieu et à l'endroit où il dit qu'elles lui ont été prises ; et l'enquête rapportée, le juge lui défère le serment ; et sur le serment, il condamne le défendeur. » (*Questions notables de Droit,* cent. I, ch. 65.)

Il ne nous paraît pas douteux que le législateur de notre Code, qui a été si bref sur le serment *in litem*, a entendu consacrer cette tradition de notre ancien Droit. Qui veut la fin, veut les moyens ; et en enjoignant au juge de faire lui-même cette évaluation préalable et provisoire de la chose, il a dû nécessairement lui en accorder les moyens. (Comp. Bonnier, n° 438 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 478 ; Larombière, t. V, art. 1369, n 10.)

729. — Le juge a fixé la somme jusqu'à concurrence de laquelle le serment pourra être prêté.

Le serment a été déféré ; — bien plus ! il a été prêté.

En cet état, le juge a-t-il le pouvoir de modifier le montant de la somme, qu'il a fixée, s'il arrive, d'après de nouveaux documents découverts ou retrouvés :

Soit que le demandeur prouve que cette somme est trop faible ;

Soit que le défendeur prouve qu'elle est trop forte ;

Soit que le juge lui-même, d'office, reconnaisse qu'elle est trop faible ou trop forte.

Taulier répond négativement :

« Ici, dit-il, le serment lie le juge ; on peut dire que le juge transige, en quelque sorte, avec la partie. » (T. IV, p. 573.)

Mais cette solution ne nous semble pas juridique ; et nous n'hésitons pas, au contraire, à répondre affirmativement :

1° Telle a toujours été, en effet, l'ancienne doctrine, en Droit romain, et dans notre ancien Droit français.

Ulpien était, à cet égard, fort explicite :

« *Item videndum an possit judex, qui detulit jusjurandum, non sequi ; sed vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare quam juratum est ? et magis est ut, ex magnâ causâ et postea repertis probationibus, possit.* » (L. 4, § 3, ff. *De in litem jurejurando*) ;

Règle, que Marcien résumait ainsi :

« *Item, si juratum fuerit, licet judici vel absolvere, vel minoris condemnare.* » (L. 5, § 2, *eod. tit.*).

Pothier citait lui-même ces fragments des jurisconsultes romains, pour enseigner, dans notre Droit, la même doctrine.

2° Nous devons d'autant plus maintenir ces traditions, qu'elles sont, en effet, l'expression des vrais principes.

La délation, et même aussi la prestation de cette espèce de serment, ne sont, avons-nous dit, que des mesures d'instruction, qui ne lient ni les parties ni le juge.

Comment serait-il possible que le défendeur, lui ! contre lequel le serment *in litem* a été déféré d'office par le juge, se trouvât privé, par la prestation de ce serment, du droit d'établir, *ex magnâ causâ et postea repertis probationibus*, que la somme, jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur a été autorisé à jurer, est trop forte !

Et le demandeur lui-même, à qui le juge a aussi dé-

féré ce serment d'office, en limitant la somme, jusqu'à concurrence de laquelle il pourrait être prêté, serait-il juste qu'il n'eût pas le droit de produire les preuves nouvellement découvertes, qui établissent qu'elle est trop faible !

Or, s'il est démontré que les parties elles-mêmes ont ce droit, après le serment prêté, il est, du même coup, démontré que ce droit appartient au juge.

Car le juge doit rendre la justice aux parties; et il ne saurait, par une simple mesure d'instruction, s'interdire, tant que sa décision définitive n'est pas rendue, de donner finalement gain de cause à celle, dont les conclusions se trouvent justes et bien vérifiées.

C'est pourquoi nous pensons, en effet, que non-seulement le juge, saisi de la contestation en instance d'appel, peut, sans avoir égard au serment prêté devant le premier juge, déférer de nouveau le serment d'après d'autres bases d'évaluation;

Mais que le juge lui-même, soit en première instance, soit en appel, qui a déféré le serment, que le demandeur a prêté, peut soit augmenter, soit diminuer le montant de la condamnation, si les nouveaux renseignements produits au procès lui démontrent la nécessité de cette modification en plus ou en moins. (Comp. Bonnier, n° 438; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 478; Massé et Vergé, t. III, p. 534; Larombière, t. V, art. 1369, n° 11.)

FIN DU TRENTIÈME VOLUME

TABLE DES MATIÈRES

DU TRENTIÈME VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT
LA PROPRIÉTÉ

TITRE TROISIÈME.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES
EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE VI.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAYEMENT

SECTION II.

DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

APPENDICE.

SECTION III.

PRÉSOMPTIONS

§ I.

§ II.

A.

B.

I.

II.

III.

IV.

SECTION IV.

DE L'AVEU DE LA PARTIE

I.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE, OÙ IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome XXX, art. 1341 à 1369.)

LIVRE TROISIÈME.

TITRE TROISIÈME.

Des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.

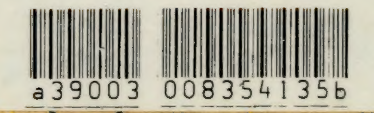
Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
1363.	568-578.	658-668.
1364.	551-568.	630-657.
1365.	578-585.	670-687.
1366.	585-588.	688-691.
1367.	588-598.	692-710.
1368.	598-607.	711-721.
1369.	607-614.	722-729.



FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

Typographie Lahure, rue de Fleurus, 9, à Paris.




a39003 008354135b


KJJ
8.2
.D4N
V.30
ex.3
AUTHOR DEMOLOMBE, Charles
TITLE Cours de Code Napoléon
DATE
BORROWER'S NAME
DATE RETURNED
DATE DUE
MAR 12 2007
MAR 06 2007
CAT. NO. 1137

